

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

La Protection des Mineurs en Droit Musulman

ESSAI HISTORIQUE ET CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 3 Décembre 1935, à 14 heures

PAR

Abdul Razzak EL-JUNDI

MEMBRES DU JURY

Président : M. ESMEIN, Professeur

Suffragants : { M. NIBOYET, Professeur
M. SOLUS, Professeur

Librairie L. RODSTEIN
17, Rue Cujas, PARIS (V°)

1935

*thèse Paris
1935.*

La Protection des Mineurs en Droit Musulman

ESSAI HISTORIQUE ET CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 3 Décembre 1935, à 14 heures

PAR

Abdul Razzak EL-JUNDI

MEMBRES DU JURY

Président : M. ESMEIN, Professeur

Suffragants : { M. NIBOYET, Professeur
 { M. SOLUS, Professeur

Librairie L. RODSTEIN
17, Rue Cujas, PARIS (V^e)

1935

* 38550.

La Faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MON PERE

et **A MON ONCLE**

TEMOIGNAGE D'AFFECTION ET DE RECONNAISSANCE

A MON AMI

AREF NASSIF

AVANT-PROPOS

La protection des incapables a posé un problème des plus troublants au législateur de tous les temps et de tous les pays. Elle met, en effet, aux prises des intérêts contradictoires qu'il s'agit de concilier dans une habile harmonie. Cette difficulté de technique juridique, le législateur musulman l'a vue et vaincue en matière de protection des mineurs.

La société arabe, comme toute société orientale, gravite autour de la famille. Tout vient de celle-ci, tout y aboutit. L'importance des pouvoirs du pater familias sur ses enfants découle logiquement de ce système d'organisation sociale. Le chef de famille jouit d'un droit de propriété absolue sur la personne et les biens des membres de la famille. Avec cette conception d'une nature collectiviste, on le voit, les mineurs se trouvent dans une situation si précaire qu'elle nécessite l'intervention du législateur. Les cas d'abus du droit ne sont-ils pas, en effet, à redouter de la part d'un chef de famille sur ceux qui sont sous sa dépendance ? Mais comment s'y prendre pour organiser la protection des mineurs sans pour cela sacrifier la puissance paternelle ? Ainsi le législateur musulman aura à résoudre un conflit délicat entre des considérations morales et des considérations juridiques.

Ce conflit n'existait pas avant l'Islam. C'est qu'alors la morale était dominante, éclipsant le droit. Elle prescrivait aux mineurs l'observation de leurs devoirs sans leur octroyer des droits compensateurs. Vint le Coran, qui joignit au respect louable de la tradition le juste sens des besoins modernes. Les mineurs virent ainsi le fardau de leurs devoirs allégé dans une certaine mesure par des droits protecteurs. Enfin, le code civil actuel et notamment les lois qui lui sont postérieures obéissent aux influences de l'individualisme, tout en restant fidèles à la tradition du Coran, et donnent délibérément le dessus au droit, au plus grand profit des mineurs.

C'est à cette œuvre de conciliation du législateur musulman que nous consacrerons notre modeste essai. Nous nous proposerons d'exposer et de commenter les dicérents textes juridiques qui assurent la protection des mineurs, en prenant soin de borner notre examen aux règles du rite hanéfite dont l'application est exclusive en Syrie. Pour la compréhension de notre droit moderne nous ferons précéder l'étude du code actuel d'une historique sur la protection juridique des mineurs.

Nous nous estimerons suffisamment récompensés de notre travail si ce petit ouvrage réussissait à dévoiler au public occidental le vrai visage du droit musulman. Nous n'aurions d'ailleurs en cela d'autre mérite que celui d'un effort patiemment soutenu et d'autre fierté que celle d'une mise en application plus ou moins réussie des directives de nos vénérés maîtres, Messieurs les Professeurs Esmein et Maunier à qui nous ne saurions témoigner assez de reconnaissance.

PREMIERE PARTIE

LA PROTECTION DES MINEURS AVANT L'ISLAM

CHAPITRE UNIQUE

LA PERIODE DU DROIT COUTUMIER

Section A :

LA VIEILLE SOCIETE ARABE. ORGANISATION DE LA SOCIETE ARABE AVANT L'ISLAM

La vieille société arabe préislamique était composée de tribus pour la plupart nomades et souvent en guerre entre elles. Chacune de ces tribus était constituée par la réunion d'un certain nombre de familles d'origine commune. A sa tête se trouvait un chef. Celui-ci devrait être le plus digne parmi les chefs des différentes familles. Souvent la famille la plus nombreuse et la plus puissante réussissait à dominer les autres familles et à leur imposer son propre chef.

Le chef de la tribu doit la représenter et veiller à ses intérêts. Son autorité n'est pas absolue ; il ne peut prendre aucune décision intéressant la tribu sans le consentement

et le concours des chefs des familles. Ainsi, la famille constitue l'unité politique de la vieille société arabe où elle jouait un rôle prépondérant.

L'individu n'est soumis à d'autre autorité qu'à celle de la famille et n'est protégé que par elle. Les relations d'un membre de la famille avec un membre d'une autre famille n'ont pas le caractère de relations individuelles : les deux familles y sont intéressées. L'individu a besoin de l'assistance de la famille pour se défendre et avoir son droit — la famille constitue pour l'individu la seule garantie contre tous les dangers de l'existence.

Tous les membres d'une famille sont solidaires, se prêtant mutuellement main forte en cas de besoin. L'histoire du droit comparé nous apprend que cette solidarité existait chez tous les peuples primitifs, se manifestant dans trois ordres d'institutions :

1) Dans l'ordre du droit pénal, c'est le droit collectif à la réparation pécuniaire des délits et, réciproquement, la responsabilité collective pour les délits. Tout dommage causé à un individu dans sa personne, dans ses biens ou dans son honneur du fait d'un individu appartenant à une autre famille n'intéresse pas la victime seule, mais toute la collectivité familiale qui a, par conséquent, le droit de demander réparation à celle de l'agresseur, et, en cas de refus, elle poursuit l'exécution forcée en lui déclarant une guerre acharnée jusqu'à sa soumission aux conditions exigées.

2) Dans l'ordre du droit héréditaire, c'est le droit collectif à la succession du chef de famille décédé.

Pour toute la famille, il existait un seul patrimoine

mis entre les mains du chef de la famille qui l'administrait et l'exploitait de son vivant. Ses pouvoirs sur ces biens n'étaient pas absolus, il ne pouvait pas en disposer à sa guise, car le patrimoine familial n'était pas considéré comme sien — il appartient à la famille dont il est le représentant.

3) Dans l'ordre du droit de la tutelle et de la curatelle, c'est le droit collectif de les exercer sur les incapables de la famille. Au décès du père, s'il laisse des enfants en bas âge sans avoir nommé de son vivant un tuteur, la tutelle sera exercée par tous les membres de la famille. Les coutumes imposent à ces derniers de soutenir et d'assister toute maison privée de son chef et d'assurer la protection des mineurs et des incapables.

Si dans l'ancienne Arabie la société est fondée sur la conception collectiviste, ce collectivisme est loin d'être absolu. L'individu n'est pas absorbé dans la famille. S'il est sous la dépendance et l'autorité de la collectivité familiale, c'est parce qu'il est forcé par une nécessité de circonstance. La difficulté de l'existence et l'insécurité de la vie oblige les individus à vivre groupés sous l'autorité d'un chef. C'est un collectivisme nécessaire conçu d'après les intérêts de l'individu.

L'individu, en effet, n'est pas attaché indéfiniment à la famille, à sa majorité il peut la quitter pour en fonder une autre. Le fils, du vivant de son père, peut avoir une situation indépendante et un patrimoine propre. Cela n'est pas pour nous étonner. La liberté et l'indépendance de l'individu chez les Arabes ne sont-elles pas la consé-

quence de la vie nomade qui développe en eux les instincts individualistes ?

Telle est l'organisation sociale de l'Arabie avant l'Islam. Considérant la société arabe comme un monument, nous en avons ainsi décrit la structure. Dans la section suivante, nous allons pénétrer à l'intérieur de cet édifice jusqu'à cette pièce centrale qui est la famille. Nous en étudierons le décor, puis, envisageant le peuple qui y prospère, nous analyserons le compartement réciproque de ses membres, en particulier celui que le père de famille et le tuteur adoptent vis à vis du mineur.

Section B :

LA VIEILLE FAMILLE ARABE

Dans l'ancienne Arabie, le régime familial est le matriarcat. (Wilken et Strabon). La parenté s'établissant par la femme, l'enfant n'appartient qu'à la mère, « car c'est le ventre qui tient l'enfant dit Benhazera ». Ce régime de parenté découle de celui alors en vigueur, la communauté des femmes.

Mais celui-ci commence à disparaître une fois que l'homme cherche à posséder la femme pour lui seul, et à partir de ce moment, le patriarcat prend un développement très étendu et devient, à la veille de l'Islam, le système familial dominant.

La parenté s'établit alors par le mâle, la famille puise ses membres dans la descendance directe. Ainsi les enfants

mâles, quand ils quittent le foyer paternel, fondent une nouvelle famille qui est désignée par leur nom.

Quant aux filles, elles étaient très mal considérées dans la famille, elles ne jouissaient d'aucun droit. Leur naissance est considérée comme un malheur pour toute la famille, on ne voit dans leur personne qu'une cause de faiblesse et de gêne pour la société. Pendant toute l'époque préislamique, la mise à mort de la fille était fréquente, on l'enterrait vivante dès sa naissance. Cette pratique barbare, le législateur musulman l'abolira et il entreprendra d'améliorer la condition des filles. Celles-ci, durant la période préislamique et même jusqu'à nos jours, ne sont pas, chez les nomades, considérées comme membres actifs de la famille qui ne tire son importance que du nombre et de la capacité des enfants mâles. La puissance d'une famille arabe se mesure au nombre de ses fils.

Section C :

LA PUISSANCE PATERNELLE ET LA TUTELLE

A. La puissance paternelle

Nous avons vu dans la section précédente qu'à l'époque préislamique la parenté agnatique constitue la source de la famille arabe. Ce système d'organisation familiale a pour conséquence de donner une grande importance à la puissance paternelle. Celle-ci pèse sur tous les membres de la famille sans distinction d'âge et de sexe. Le père a sur

ses enfants le droit de vie et de mort, la fille reste dans un état d'infériorité par rapport au mâle. Elle est perpétuellement soumise à la puissance paternelle, ou à celle de son mari si elle est mariée. Elle ne connaît aucune indépendance. Après le décès du père, la puissance paternelle est transmise au fils aîné, qui exercera à son tour tous les droits reconnus par les coutumes au chef de famille.

La puissance paternelle pèse très lourdement sur les filles qui sont traitées très sévèrement. Toute faute grave contre les mœurs de la part d'une fille ou d'une femme est punie de mort. Le père de famille dispose de sa fille à sa guise. Il la donne en mariage à qui bon lui semble, intervenant en sa faveur durant le mariage.

En cas de répudiation par son mari, la femme revient à la maison de son père qui est obligé de la recevoir, mais qui recouvre de ce fait même toute l'autorité qu'il avait sur elle avant le mariage.

Les fils sont soumis durant leur minorité à l'autorité paternelle, ils ne dépendent que de leur père qui exerce sur eux le droit de vie et de mort. A leur majorité, s'ils continuent à vivre sous le toit paternel, ils resteront sous la puissance paternelle ; s'ils préfèrent quitter la maison paternelle et fonder une nouvelle famille, ils peuvent le faire : dans ce cas, ils sont complètement affranchis de l'autorité paternelle du chef de famille, l'individu n'étant pas absorbé dans la famille comme nous l'avons vu précédemment.

B. *La tutelle*

Au décès du père de famille, la puissance paternelle

sera transmise au fils aîné qui en recevra toutes les attributions. Si le père ne laisse à sa mort que des enfants en bas âge, la garde et la protection de ces derniers sont confiés à un tuteur. A l'époque préislamique, la tutelle s'exerçait sans aucune réglementation ni contrôle officiels. Elle était assurée souvent par la famille, si le père n'a pas choisi de son vivant un tuteur pour ses enfants.

Lorsque la famille est puissante et nombreuse, le père n'a point à se soucier de l'avenir de ses enfants, ni de celui qui les protégera et sauvegardera leurs intérêts, les liens du sang étant trop puissants pour ne pas imposer à un frère ou à un oncle l'obligation d'assister les orphelins. Il n'aura donc point à choisir un tuteur ; il pourra cependant le faire, car les Arabes reconnaissent à la puissance paternelle la plus grande autorité. Le père peut choisir un tuteur parmi les membres de la famille ou parmi les étrangers. Quand il se trouve seul, sans appuis ni ressources, il se trouve obligé de choisir, de son vivant, un tuteur pour ses enfants mineurs. A son décès, la tutelle sera ouverte et le tuteur entrera alors véritablement en fonction. Il tient lieu de père pour les mineurs, il veille à leur sécurité, les préservera des dangers qu'ils peuvent courir et administre leurs biens. Aucune décision importante ne peut être prise, surtout touchant le mariage ou l'aliénation des biens, sans son consentement.

L'enfant, parvenu à sa majorité, dispose de sa personne et de ses biens. Le tuteur garde cependant certains droits à l'égard de son ancien pupille, il intervient en sa faveur et lui porte aide et protection en cas de besoin.

DEUXIEME PARTIE

LA PROTECTION DES MINEURS SOUS L'ISLAM

CHAPITRE PREMIER

LE CORAN

Nous avons vu dans le chapitre précédent l'état d'anarchie qui régnait en Arabie avant l'Islam. Les individus étaient soumis au droit coutumier régissant la famille. Il n'y avait aucun système juridique applicable à la société entière. C'est que la famille vivait indépendante. Le chef de famille, représentant de la collectivité familiale, exerçait ses pouvoirs d'une manière absolue, sans être obligé de rendre compte à personne. La société ne pouvait rien sur sa puissance qui était absolue et fort étendue, il pouvait disposer de la personne et des biens de ses enfants comme bon lui semblait. Ceux-ci ne possédaient aucun moyen de se protéger contre les abus du droit de leur père. En outre, la condition des enfants en tutelle était encore pire, le tuteur qui tenait ses pouvoirs du père des orphelins n'était obligé de rendre compte de sa gestion à per-

sonne. La personne et les biens de l'orphelin ne dépendaient que de lui seul. Les mineurs et tous les incapables se trouvaient, durant l'époque préislamique, dépourvus de toute garantie et de toute protection de la part d'une autorité sociale.

L'Islam s'est proposé de mettre fin à l'état d'anarchie qui existait en Arabie et de porter aide et protection à tous les faibles et incapables.

L'avènement de l'Islam était la cause d'une grande transformation dans la société arabe. Une communauté à la fois religieuse et politique s'établit sur la base d'une conception individualiste et égalitaire. Cette communauté se composait de tous les adhérents de l'Islam sans distinction d'origine ni de famille. Une autorité publique supérieure à la tribu et à la famille s'est organisée. Des règles du droit applicables à tous les membres de la société sont élaborées par le Fondateur de l'Empire Musulman. Elles déterminent les droits et les devoirs de l'individu, soit par rapport à ses semblables, soit à l'égard de l'autorité sociale. Avec l'Islam, l'individu n'a plus besoin de la protection familiale, et la vie devient alors possible pour lui en dehors d'elle.

L'établissement d'une autorité publique supérieure à la famille et à la tribu devait logiquement provoquer la désagrégation et la dispersion de celle-ci. Cependant, l'ancienne organisation en tribus et en groupements familiaux subsiste même dans les villes où les familles ont conservé leur ancienne organisation : leurs divers membres ont continué à vivre groupés dans un quartier de la ville sous l'autorité d'un chef. Avec l'Islam, la famille n'a pas perdu complètement son importance politique et sociale.

Si la famille n'a pas disparu du point de vue politique et social, nous verrons dans quelle mesure l'établissement de l'Islam a influé du moins sur l'organisation de la famille, sur la façon dont elle se constitue et sur la situation respective des individus qui la composent, sur l'étendue des droits du chef de famille vis-à-vis de chacun de ses membres, et surtout sur la condition juridique des mineurs.

Le but du Fondateur de l'Islam n'est pas de supprimer et de méconnaître complètement la famille — il a voulu seulement lui enlever son rôle politique pour l'attribuer à une autorité sociale et pour assurer l'égalité entre tous les membres de la société musulmane. Le législateur musulman a voulu que la famille ne s'occupe que d'une vie purement intérieure, il a vu dans la famille une institution naturelle et d'origine divine, elle est pour lui l'œuvre de Dieu.

« C'est Dieu », est-il dit au Coran, « qui a créé de l'eau les hommes, qui établit entre eux les liens de parenté et d'affinité ».

Une telle manière d'envisager les choses devrait fatalement provoquer et justifier l'intervention du législateur musulman dans la réglementation du droit de famille. Il a déterminé la condition de la constitution d'une famille, celle de son accroissement, les personnes qui en font partie, la situation de ses divers membres et notamment l'étendue des droits du chef de famille vis-à-vis de chacun d'eux.

Avec la législation islamique, il n'y a pas de parenté que par la procréation, la famille ne groupe plus que des personnes nées les unes des autres ou se rattachant à un

auteur commun. Le mariage est la base de la famille, les relations illicites ne peuvent pas établir un lien de parenté, la reconnaissance de la parenté naturelle est sans effet d'après la loi musulmane.

« L'enfant de la femme non mariée n'a pas et ne peut avoir de père au yeux de la loi » (El Assouni). Et d'après El-Bajouri, le père n'a jamais la faculté de légitimer l'enfant né de relations illicites.

L'autorité du chef de famille sur ses enfants fait l'objet d'une limitation de la part du législateur musulman : le père ne possède plus le droit de vie et de mort sur les enfants, la pratique de tuer les filles à leur naissance est abolie. La puissance paternelle ne peut être exercée que dans l'intérêt de l'enfant et sous la surveillance et le contrôle de l'autorité sociale. Celle-ci a le droit de prononcer la déchéance de la puissance paternelle contre tous les parents qui abusent du droit accordé par la loi sur la personne et les biens de leurs enfants ou qui négligent de remplir les charges de la puissance paternelle. Ainsi, les droits et les devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, et réciproquement, sont déterminés par la loi.

Avec la législation coranique, la condition des mineurs se trouve améliorée et leur droit est assuré. Une égalité juridique plus ou moins complète entre les filles et les fils est proclamée. Les filles ne sont plus des êtres inférieurs dans la famille comme elles l'ont été dans la période préislamique, le Fondateur de l'Islam a amélioré leur situation et leur a accordé des droits très étendus. Des droits successoraux sont reconnus à la sœur germaine ou consanguine et à la mère. Enfin, les incapables font l'objet d'une grande

sollicitude de la part du législateur musulman. Ce dernier prend les mesures nécessaires pour protéger leur personne et sauvegarder leurs intérêts. Il précise les droits et les devoirs du père de famille et du tuteur. Ainsi ces deux institutions de protection se trouvent réglementées sous la législation islamique.

Les dispositions du Coran relatives à la puissance paternelle et à la tutelle sont nombreuses.

« Ne mangez pas leur bien en le confondant avec
« le vôtre. Car ce serait commettre un grand péché.
« Si vous craignez de ne pas être juste à l'égard des
« orphelines, alors épousez celle des femmes qui vous
« plaisent ». Coran, sourat IV, verset 2 et 3.

Mais il fut interdit aux tuteurs d'épouser leurs pupilles, riches et belles, à moins qu'il ne se montrassent équitables envers elles et qu'ils ne leur attribuassent la dot la plus élevée que la coutume assignait à leur condition, parce que le désir de les épouser ne se manifesterait pas si elles avaient peu de fortune et peu de beauté.

« Eprouvez les orphelins jusqu'à ce qu'ils soient
« en âge de se marier. Alors si vous les jugez capa-
« bles, remettez leur la direction de leur fortune. Ne
« gaspillez pas leurs biens en vous hâtant avant
« qu'ils soient majeurs. Que le tuteur riche
« s'abstienne d'user pour lui du bien de ses pupilles,
« et que le tuteur pauvre le fasse avec discrétion.
« Quand vous leur remettez leurs biens, faites-le
« devant témoins. Dieu tiendra compte de vos

« actions. Les hommes auront une part dans la suc-
« cession de leur père et mère et de leurs proches.
« Les femmes auront également une part de la suc-
« cession de leur père et mère et de leurs proches et
« qu'il y ait peu ou beaucoup, leur part sera fixée. »
Coran, sourat IV, verset 5, 6, 7, 8.

« Ceux qui mangent injustement la fortune des
« orphelins introduisent le feu dans leurs entrailles,
« ils seront consumés dans un feu ardent. » Coran,
sourat IV, verset 11.

D'après Abou-Hauraira, le prophète a dit :

« Evitez sept périls. — Et quels sont ces périls ?
« O envoyé de Dieu, lui demande-t-on. « Ce sont »,
« répondit-il, « le polythéisme, la magie, le meurtre
« — à moins qu'il ne soit légitime et non interdit par
« Dieu —, le fait de vivre de l'usure, de manger les
« biens de l'orphelin, de fuir au jour du combat et
« de calomnier les croyantes vertueuses qui ne son-
« gent point au mal. »

« Ils t'interrogeront au sujet des orphelins :
« Dis-leur, améliorer leur sort est une bonne action.
« Si vous mélangez votre bien au leur, traitez-les en
« frère. Dieu sait distinguer qui agit mal de qui agit
« bien. Dieu vous ferait pécher, mais il est puissant
« et sage. » Coran, sourat IV, verset 218 et 219.

D'après ces passages du Coran, nous constatons que
les mineurs font l'objet d'une grande sollicitude de la part
du législateur musulman.

CHAPITRE DEUXIEME

LES AUTRES SOURCES DU DROIT MUSULMAN CONCERNANT LA PROTECTION DES MINEURS

(Le Sounnah. — La Doctrine. — El Kéas)

Le Fondateur de l'Islam, nous avons vu, ne s'occupe pas seulement des questions morales et religieuses, il consacre une grande partie de son œuvre aux questions sociales. Il préconise un système d'éducation sociale sur la base de principes moraux et religieux qu'il a institués. Il se propose, d'autre part, de réaliser une sorte de panarabisme englobant les différents groupements arabes qui ont mené jusque là chacun une vie autonome. En somme, une vaste communauté à la fois religieuse et politique ayant à la tête un gouvernement régi par une constitution arrêté et une législation unique applicable à tous les membres de la société musulmane.

Les principes de cette législation sont posés avec netteté dans le Coran, livre saint tenant à la fois de la morale, de la religion et du code. Ils sont immuables et intangibles, ce qui s'explique par le caractère sacré du Coran. Cependant cette immutabilité ne met aucun obstacle au progrès et à l'évolution de la société musulmane. Le Coran

n'édicte que les principes généraux du droit, laissant aux législateurs postérieurs le soin de légiférer selon les besoins de chaque époque, à condition, toutefois, de se conformer à l'esprit du Coran. Cette possibilité d'apporter des modifications aux lois musulmanes est reconnue d'abord par le fondateur de l'Islam lui-même, ensuite par la commission de rédaction du Madjallat (code civil).

Il est dit, en effet, dans le « Hadis » (paroles du Prophète) : « Vous vous connaissez mieux en ce qui concerne votre monde ». De même on peut lire dans l'article (39) du Madjallat : Les lois doivent changer selon le temps ».

Le législateur ottoman a usé très largement de cette faculté d'innovation juridique. Il n'a pas hésité à y recourir chaque fois que l'évolution sociale l'a exigé. De ces innovations, nous allons étudier dans la troisième partie de notre ouvrage celles qui concernent la condition juridique des mineurs. Mais avant d'aborder cette partie de notre étude, nous passerons en revue les autres sources du droit positif musulman concernant la condition des mineurs.

Les autres sources du droit musulman

Après le Coran qui constitue la première source prépondérante du droit musulman vient le « Sounnah » : C'est l'interprétation et la mise en application des principes du Coran par le Prophète.

Sa qualité d'envoyé de Dieu confère à ses opinions, à ses actes et décisions en matière juridique une valeur sacrée. Nous avons, par conséquent, là une source de droit

d'une autorité juridique considérable. Son œuvre doctrinale très vaste englobe toutes les institutions musulmanes. Les très nombreuses décisions de « Mouhamet » en matière de minorité sont extrêmement favorables aux mineurs, il se préoccupait de la protection de ceux-ci et de tous les incapables.

En compensation des droits conservés aux parents sur la personne et les biens de leurs enfants mineurs, il leur a imposé beaucoup de devoirs et de charges, conciliant ainsi les droits absolus que possédait le chef de famille avant l'Islam et la nécessité de protéger l'enfant dans sa personne et ses biens. Les parents, avec la législation islamique, n'ont sur les biens de leurs enfants mineurs qu'un droit d'administration, le Coran n'a pas reconnu aux parents le droit d'usufruit légal qui figure dans la plupart des législations modernes, sur les biens de leurs enfants, à moins qu'ils ne soient pauvres et nécessiteux. Dans ce cas là, ils peuvent user des biens de leurs enfants pour leurs dépenses personnelles dans une certaine mesure. Par conséquent, les pouvoirs des parents ne diffèrent pas beaucoup de ceux d'un tuteur.

Quant au pouvoir des parents sur la personne de l'enfant, il se trouve limité et réglementé par le Prophète qui a reconnu aux parents sur la personne de leurs enfants le droit de garde et le droit de correction, mais sous cette réserve qu'ils ne peuvent les exercer que dans l'intérêt de l'enfant et dans une limite raisonnable.

En outre, les opinions du Prophète relatives à l'émancipation du mineur s'inspirent d'un esprit très large, il n'a pas exigé un âge très élevé, il a admis la possibilité d'éman-

ciper l'enfant à quinze ans, quand il est capable de diriger sa personne et ses biens, afin de lui permettre de s'affranchir de l'autorité paternelle et de se procurer une situation indépendante. En résumé, les mineurs font l'objet d'une grande sollicitude de la part du Prophète.

La troisième source est constituée par « Elyjtihad » (doctrines) : c'est l'œuvre des juristes et des docteurs musulmans qui ont cherché à résoudre les problèmes juridiques selon les besoins de l'époque. Ces juristes ont suivi dans leur travail la méthode déductive, en tirant des principes généraux du Coran les solutions appropriées aux besoins actuels. Leur jurisprudence constitue une grande source de droit musulman.

La quatrième source « El-Kéas » ou application par analogie des traditions islamiques développées par les quatre « Imanms » (jurisconsultes de droit musulman). Ceux-ci ont commenté le droit musulman, leurs ouvrages doctrinaux embrassent toutes les institutions juridiques et les traditions islamiques. Leurs textes reçoivent une application très étendue dans les pays musulmans, par conséquent ils constituent une source générale d'une grande importance. Toutefois, ces grands docteurs n'ont pas donné les mêmes solutions aux problèmes juridiques, il y a entre eux des divergences, chacun ayant commenté à sa manière les dispositions du droit musulman renfermées dans le Coran et le « Sounnah », mais tous sont d'accord sur les principes généraux du droit musulman, et les différences qui existent entre eux ne se révèlent que dans l'application de ces principes.

De la diversité de leur point de vue découlent les dif-

férents « rites » (système juridique) dans le monde musulman.

Le rite hanéfite fondé par Abou Hanifat, mort en 767, en vigueur en Turquie, en Syrie et dans quelques régions des Indes.

Le rite Malékite fondé par Malek, mort en 795, appliqué chez presque tous les musulmans de l'Afrique du Nord.

Le rite Chaféite fondé par Chaféï, mort en 819, s'étend en partie en Egypte et à Java.

Le rite hanbalite fondé par Hanbal, mort en 855. Ce rite n'a pas la même extension que les précédents.

Parmi les différents rites, le rite Hanéfite assure le mieux la protection des mineurs. Le législateur égyptien, dans l'élaboration du Code Civil en matière de statut personnel, a adopté le système juridique hanéfite qui lui a paru le plus d'accord avec les principes de l'Islam. Sa doctrine offre sur celle de ses confrères l'avantage d'être plus élastique, ce qui permet, en certains cas, d'arriver à des dispositions législatives plus libérales. Et pour la même raison la commission qui était chargée d'élaborer le Code Civil otoman en 1889 sous le nom de El Medjélat a pris en considération les solutions juridiques adoptées par Abou Hanifat, et a justifié sa conduite dans le préambule de son Code :

« Nous avons compulsé les travaux des principaux jurisconsultes hanéfites relatifs aux transactions qui ont le plus besoin d'être réglementées à raison de leur fréquence ; nous en avons extrait les règles les plus conformes aux vrais principes et

« nous avons fait un recueil auquel nous avons donné
« le nom d'El Madjallat. »

La Commission de codification du droit musulman en Algérie a adopté de nombreuses solutions juridiques préconisées par le rite hanéfite concernant les mineurs et qui lui ont paru adaptables aux besoins actuels, et servant mieux que tout autre les intérêts des mineurs.

Nous étudierons les différences juridiques qui existent entre ces rites relativement à la condition juridique des mineurs dans la troisième partie de cette thèse qui est consacrée à l'étude de la protection des mineurs en droit musulman syrien à l'époque actuelle.

Le Code civil ottoman (El Madjallat) qui est appliqué à l'heure actuelle en Syrie n'embrasse pas toutes les questions relatives à l'état des personnes, il n'a codifié que les transactions. Pour cela, nous ne trouvons pas toutes les réglementations sur la minorité. Ce n'est que la loi de « 4 Rebi El Avoual 1324 » sur l'administration des biens des orphelins, élaborée par le législateur ottoman, encore en application en Syrie et qui a pris des mesures protectrices en faveur des mineurs. Pour cela la minorité en Syrie reste régie par cette loi et par les dispositions générales du droit musulman qui sont nombreuses en cette matière et qui sont commentées par les docteurs et les jurisconsultes musulmans, et surtout les commentaires juridiques du grand « Iman » Abou Hanifat. Toutefois, les juges syriens consultent les dispositions du Code égyptien en matière de statut personnel qui a adopté le rite hanéfite.

TROISIEME PARTIE

LA PROTECTION DES MINEURS EN DROIT MUSULMAN ACTUEL

Le Code Civil et la jurisprudence

CHAPITRE PREMIER

LA PUISSANCE PATERNELLE

Il existe, en droit musulman, deux modes de protection du mineur : l'un relatif à ses biens, l'autre à sa personne. Ces deux modes ne sont pas toujours concomitants. Il se peut que l'enfant soit libre de sa personne sans pouvoir disposer de ses biens. D'ailleurs, ce sont souvent des personnes différentes qui assurent la protection des biens et de la personne de l'enfant.

Le père exerce les attributs de la puissance paternelle sur la personne de son enfant mineur, et il remplit le rôle d'un tuteur en ce qui concerne les biens. Ceci découle d'une particularité de la législation musulmane. Les parents ne jouissent pas, comme en droit français, d'un droit d'usufruit légal sur les biens de leurs enfants mineurs, ils ne

possèdent à l'égard de ceux-ci qu'un droit d'administration. Ils sont considérés comme tuteurs de leurs enfants mineurs. Dès sa naissance, le mineur est soumis à la tutelle de son père et placé dans la catégorie des interdits. « Les impubères sont interdits de plein droit », article 957 du Madjallat.

L'enfant musulman, relativement à ses biens, n'est soumis qu'au seul régime de la tutelle. Il n'existe pas comme en droit français deux régimes différents : l'administration légale du vivant des parents, la tutelle en cas de décès de l'un ou des deux.

La protection des mineurs, mettant en jeu leur personne et leurs biens et n'étant pas assurée et réglementée de la même manière, nous diviserons notre sujet en deux parties : la première traitera la protection des mineurs relativement à leur personne, et la seconde à leurs biens.

Avant d'aborder cette question, voyons quelles sont les personnes considérées comme mineures et quand prendra fin leur minorité.

Section A.

L'AGE DE LA MINORITE

La détermination de l'âge de la minorité est très délicate en droit musulman en raison de l'absence de textes précis et à cause de nombreuses controverses existant entre les différents rites.

Les mineurs sont les personnes qui n'ont pas atteint un degré de développement physique et intellectuel suffi-

sant pour l'accomplissement des actes nécessaires à l'exercice de leurs droits. Avant d'acquérir la capacité de disposer de leur personne et de leurs biens, ils traversent plusieurs stades dont la durée déterminée par la loi est basée sur une présomption de maturité d'esprit, celle-ci comportant divers degrés de développement. Ils atteignent successivement l'âge de raison, l'adolescence, la puberté, enfin, la majorité.

A) On fixe à sept ans l'âge de raison ; avant cet âge, l'enfant est incapable.

B) L'adolescence est fixée à neuf ans pour les filles, à douze ans pour les garçons. La « Hadanah » (droit de garde ou droit de maternité), pour les garçons prend fin à l'âge de sept ans, tandis que pour les filles elle dure jusqu'à leur adolescence.

C) La puberté est subordonnée à l'apparition des premiers symptômes physiques dans les deux sexes. Les docteurs musulmans ont admis qu'à partir d'un certain âge la puberté se présume, mais ils ne sont pas d'accord sur la détermination de cet âge. D'après les Hanéfites, la puberté est présumée à l'âge de quinze ans accomplis pour les garçons et pour les filles. D'après les jurisconsultes malékites, la puberté ne se présume qu'à l'âge de dix-huit ans accomplis pour les deux sexes « Kalil, texte Malékite, trad. de Perron, t. IV, page 60 ». Le code égyptien en matière de statut personnel a adopté la solution hanéfite, d'après l'article 494 :

« La puberté du garçon résulte des symptômes
« physiques qui caractérisent cet état. Il en est de

« même pour la fille. A défaut de ces symptômes l'un
« et l'autre sont réputés pubères à l'âge de quinze ans
« révolus. »

Le Code civil syrien « El Madjallat » a consacré la même solution :

« La puberté s'établit par les pollutions et la
« faculté de faire concevoir pour les hommes, par celle
« de concevoir et l'apparition des règles pour les
« femmes. » Article 985 de Madjallat.

« L'âge de puberté est entre douze et quinze pour
« le garçon et entre neuf et quinze pour les filles. Le
« garçon qui, après douze ans révolus, n'est en fait
« pubère, s'appelle « Mérahike » (pubertatae proxi-
« mus), on appelle « Mérahika » la fille qui, après
« neuf ans révolus n'est pas encore pubère .» Article
986 du Madjallat.

« Toute personne âgée de quinze ans accomplis
« est réputée en droit pubère, même si elle ne pré-
« sente pas les signes physiques de la pubère. » Arti-
cle 987 du Madjallat.

« La prétention d'une personne se disant pubère
« en justice devra être rejetée par le juge si cette
« personne n'a pas encore atteint la limite de l'âge
« de puberté, c'est-à-dire douze ans accomplis pour
« les garçons et neuf ans accomplis pour les filles. »
Article 988 du Madjallat.

« Si celui qui, sans être pubère en fait, a atteint
« l'âge de puberté, avoue en justice être pubère, son

« affirmation sera tenue pour vraie si l'aspect extérieur de son corps confirme son aveu ; en ce cas, ses actes et ses aveux seront valables. En cas contraire, son aveu sera réputé nul, si plus tard, cette personne veut faire annuler les actes qu'elle a faits, en prétendant qu'elle était impubère à cette époque, sa demande devra être rejetée. » Article 989 du Madjallat.

La loi du 4 Rebi El Aoual 1324 sur l'administration des biens des orphelins a fixé à quinze ans l'âge de la puberté. Il est interdit aux juges d'après l'article 2 de cette loi, de procéder à la constatation judiciaire de la puberté si l'enfant n'a pas quinze ans révolus.

La commission de codification du droit musulman en Algérie a adopté une solution intermédiaire entre les systèmes hanéfite et malékite. Elle a fixé l'âge de la puberté à dix-huit ans pour les garçons et à quinze ans pour les filles.

En droit musulman la détermination de l'âge de la puberté est très importante. Car avec la puberté, d'après les docteurs hanéfites, la minorité relative à la personne prend fin, et l'enfant devient maître de sa personne, pouvant contracter mariage librement, sans être soumis au droit du « Djibr » (contrainte matrimoniale).

Les jurisconsultes malékites ne reconnaissent ces effets de la puberté qu'au profit des mâles, quant aux filles, ils ne leur accordent leur majorité relativement à la personne qu'au moment de leur mariage, la fille devant être soumise à la puissance paternelle, même après la

puberté. « Kalil. Texte malékite, trad. de Perron, t. II, pages 359 et 327 ». La solution hanéfite nous semble plus conforme à l'esprit de la législation musulmane.

D°) La majorité.

Nous avons vu dans le chapitre précédent qu'il y a en droit musulman deux minorités, l'une relative à la personne, l'autre aux biens, par conséquent, il y a deux majorités correspondantes à chacune d'elles. On acquiert ces deux majorités à des époques différentes, et par des modes bien distincts.

L'enfant, à partir d'un certain âge, peut acquérir une certaine liberté relativement à sa personne et devient maître de sa conduite. Cependant, l'administration de ses biens reste entre les mains de ses représentants légaux. Le législateur musulman a exigé, pour mettre l'enfant en possession de ses biens, un âge plus avancé que celui nécessaire pour le rendre maître de sa personne. La majorité relativement à la personne est fixée par les docteurs hanéfites à l'âge de la puberté pour les deux sexes. A cet âge là, l'enfant est supposé posséder les facultés nécessaires pour diriger sa personne.

Les jurisconsultes malékites n'admettent cette solution qu'à l'égard des mâles. Pour eux, la majorité personnelle de la fille est fixée à la date de son mariage. Jusqu'à ce moment, elle est soumise à la puissance paternelle. Quant à la majorité relative aux biens, elle ne s'acquiert qu'à la puberté et par la manifestation d'une certaine aptitude d'administration chez l'enfant. Le Fondateur de l'Islam n'a pas déterminé l'âge auquel l'enfant a

le droit d'administrer ses biens. Il a seulement ordonné que le mineur ne puisse gérer ses biens qu'à condition d'en être capable.

La reconnaissance de la capacité chez l'enfant d'administrer ses biens est laissée à l'appréciation de ses représentants, et au magistrat. Ceux-ci ayant une fois reconnu cette capacité d'administration, lui remettent ses biens et, en conséquence, le déclarent majeur.

Les docteurs hanéfites ont admis qu'à partir d'un certain âge la capacité d'administration se présume chez l'enfant, ils ont fixé cet âge à vingt-cinq ans. A cet âge il est considéré capable d'administrer ses biens. Il devient obligatoire de lui remettre son patrimoine, et il n'y a aucune raison de le maintenir sous quelque tutelle que ce soit et en état d'interdiction.

Les jurisconsultes malékites, chaféïtes, hanbilites ne fixent aucune date quant à la fin de la minorité relative aux biens. Elle dure jusqu'à l'émancipation de l'enfant. D'après ces rites, la majorité ne s'acquiert que par l'émancipation. (Chârâni. Texte Chaféïte, p. 315. — Khalil. Texte Malékite, trad. Seignette, article 499).

Le système hanéfite qui détermine un âge fixe pour la majorité nous semble plus conforme à l'intérêt des enfants. Il est évident que des parents ont souvent intérêt à maintenir l'enfant sous leur tutelle le plus longtemps possible après sa puberté, afin de conserver l'administration de ses biens. Pour éviter des abus et des contestations, et, en général, pour assurer la sécurité des transactions du mineur, les docteurs hanéfites ont fixé un âge pour sa majorité, à vingt-cinq ans.

La Commission de codification de droit musulman en Algérie a adopté le système hanéfite, elle a fixé l'âge de la majorité à vingt et un ans. « Elle est acquise de plein droit à vingt et un ans ; à cet âge l'ancien pupille devient apte à accomplir tous les actes de la vie civile ». Article 213.

Le code égyptien en matière de statut personnel fixe la majorité de l'enfant à vingt-cinq ans, s'il n'est pas apte de gérer ses biens dès l'âge de la puberté. Si, au contraire, il prouve sa capacité à les bien administrer et à en disposer judicieusement, on peut lui en laisser la gérance dès l'âge de la puberté (article 478).

Dans la loi du 4 Rebi El Awal 1324 sur l'administration des biens des orphelins qui est appliquée en Syrie, la majorité relative aux biens est fixée à l'âge de vingt ans (article 59).

En droit musulman, la majorité peut être acquise par l'émancipation avant l'âge légal. Le droit musulman diffère totalement du droit français en ce qui concerne cette émancipation. Le mineur musulman émancipé devient complètement capable. Il est assimilé au majeur, son émancipation lui acquiert la majorité complète. Cependant, en droit français, l'émancipation ne confère au mineur qu'une capacité restreinte à la pure administration, pour les autres actes le mineur est assisté par un curateur, et pour une certaine catégorie il doit obtenir l'approbation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.

Les docteurs hanéfites et chaféïtes ne font aucune distinction entre les deux sexes pour l'émancipation. Ils

accordent ce droit aux filles comme aux garçons. Ils admettent qu'on peut émanciper les filles aussi bien que les garçons dès la puberté si elles sont reconnues aptes à diriger leur patrimoine.

Les Malékites et les Hanbalites n'admettent pas l'émancipation de la jeune fille même si elle est pubère et apte à administrer son patrimoine. Elle ne peut pas être émancipée. Elle reste soumise à la puissance paternelle et à la tutelle jusqu'à son mariage. D'après les jurisconsultes précités, la fille est en tutelle perpétuelle tant qu'elle n'est pas mariée. Malek dit :

« L'interdiction de la jeune fille ne doit pas
« cesser, même en cas où, au moment de sa puberté,
« elle serait reconnue capable d'administrer son patri-
« moine, on attend son mariage, une fois ce mariage
« consommé, et la certitude d'être apte à gérer ses
« biens est demeurée comme avant son mariage, alors
« elle est reconnue majeure ». Malek ajoute : « On
« ne l'émancipe qu'après une année de séjour avec
« son mari, ou après la naissance d'un enfant. En
« effet, il existe des jeunes filles dont la capacité ne
« se manifeste qu'après ces circonstances. »

L'émancipation résulte d'une déclaration du tuteur devant témoins. Selon le rite hanéfite, aucune autre formalité n'est exigée. Dans les autres rites, il est exigé qu'on procède à une enquête constatant l'aptitude chez l'enfant, et certifiant l'intervention et l'approbation du magistrat.

Le Madjallat n'a pas édicté des formalités pour l'émancipation. Il a donné aux parents et aux tuteurs la liberté

d'apprécier la capacité de l'enfant d'administrer ses biens et, par conséquent, la liberté de l'émanciper.

Toutefois, on ne doit pas se hâter d'émanciper l'enfant avant d'avoir constaté qu'il possède toutes les qualités nécessaires pour le mettre en possession de ses biens.

« Ne vous hâtez pas de leur confier leur fortune
« seulement parce qu'ils ont grandi. » Coran IV, 5
et 6.

Le Madjallat a édicté ce devoir des parents et des tuteurs dans l'article 982 :

« Lorsque un impubère arrive à l'époque de la
« puberté, on ne doit pas se hâter de lui rendre son
« patrimoine. Ses biens ne lui seront remis que si,
« après certains laps de temps, il est parvenu à l'âge
« de raison. »

« Lorsque celui qui a atteint l'âge de puberté
« n'est pas encore capable d'une bonne administra-
« tion de son patrimoine, ses biens ne lui seront pas
« rendus et la capacité de s'obliger lui sera enlevée.
« C'est-à-dire qu'il sera procédé à son interdiction
« conformément aux règles ci-dessus énoncées. »
Article 982 du Madjallat.

Toutefois, le tuteur en se hâtant de remettre à son pupille ses biens avant qu'il soit capable de les administrer, peut engager sa responsabilité vis-à-vis de celui-ci :

« Le tuteur qui s'est hâté de remettre en posses-
« sion de ses biens le pubère non encore parvenu à

« l'âge de raison, devra indemniser son pupille, si
« ses biens viennent à périr par cas forfuit ou par le
« fait de ce dernier. » Article 983 du Madjallat.

En cas d'abus, de mise en péril et de mauvaise administration par le mineur de ses biens, son émancipation peut être révoquée et on procède alors de nouveau à son interdiction :

« L'interdiction d'une personne qui est rentrée
« en possession de son patrimoine, après avoir atteint
« l'âge de puberté, pourra être prononcée par le juge
« s'il est établi qu'elle est prodigue. » Article 94 du
Madjallat.

L'émancipation peut résulter de la sentence du juge. Le mineur arrivant à l'âge de sa puberté et remplissant toutes les conditions requises pour l'émancipation peut s'adresser au magistrat, si ses représentants légaux la refusent.

Le juge qui croit utile d'autoriser l'impubère capable de discernement peut accorder son autorisation malgré l'opposition du tuteur. L'impubère ainsi autorisé ne pourra plus être interdit par un autre tuteur.

Nous avons vu que l'émancipation du mineur en droit musulman n'est pas laissée exclusivement aux parents et tuteurs. Le « *cadi* » peut l'accorder en sa qualité de protecteur de tous les incapables quand il estime que l'enfant est capable d'administrer son patrimoine et mérite d'être émancipé.

Section B

LA PUISSANCE PATERNELLE

Nous avons vu dans le titre premier qu'à l'époque préislamique, la puissance paternelle était illimitée ; le père disposait librement de la personne et des biens de ses enfants mineurs. Aucune réglementation ne l'obligeait à rendre compte de sa gestion.

Le Fondateur de l'Islam qui s'était chargé d'assurer la protection et la défense des faibles et des incapables remédia à l'excès et à l'abus de l'autorité paternelle, il a réglementé les devoirs et les droits des parents à l'égard de leurs enfants mineurs. Quoi qu'il ait limité la puissance paternelle, l'autorité du père resta encore étendue et ses droits restèrent nombreux. Les jurisconsultes et les docteurs musulmans ont reconnu cependant au père des droits plus étendus que ceux reconnus par le grand législateur de l'Islam.

Ainsi, la famille resta fortement constituée et continua à jouer un grand rôle dans la société. Malgré les restrictions apportées aux droits du père, l'autorité de celui-ci resta très grande en fait. Cela est dû au défaut d'organisation du gouvernement qui ne parvenait pas à imposer ses institutions.

La puissance paternelle n'est exercée que par le père durant sa vie. A son décès, elle est transmise aux grands-parents et aux tuteurs choisis par le père. Le tuteur testamentaire exerce à l'égard des pupilles tous les droits qui sont reconnus par la loi au père.

L'exercice de la puissance paternelle

L'enfant dès sa naissance est soumis à la puissance de son père. La loi reconnaît à celui-ci beaucoup de droits tant sur la personne que sur les biens de ses enfants mineurs pour lui faciliter l'accomplissement de ses devoirs d'entretien et d'éducation.

La puissance paternelle appartient exclusivement au père. La mère n'exerce aucune des attributions de la puissance paternelle, même après le décès de son mari. La loi musulmane ne lui reconnaît que le droit de garder ses enfants en bas âge. L'état d'enfance exige les soins de la mère. L'enfant arrivé à un âge où il peut se passer des soins maternels, le droit de garde prend fin et c'est au père qu'incombe la charge d'élever l'enfant et de veiller à son éducation.

En fait, les droits du père sont encore plus étendus qu'en droit. La coutume lui reconnaît un droit de correction exorbitant, la mort de sa fille, par exemple, si elle faisait le moindre écart. Les tribunaux, en se montrant trop indulgents pour ces crimes taxés de crimes d'honneur, les rendent de plus en plus fréquents. Cet état de choses lamentable est dû à la faiblesse des magistrats influencés par le milieu social plutôt qu'à la loi. Les préceptes du Coran condamnent toute idée de correction de ce genre : « Ils sont perdus, ceux qui tuent leurs enfants par folie, par ignorance ». Coran, chapitre VI.

Tout ce que la loi prévoit dans cet ordre d'idées est un recours judiciaire mettant la force publique au service

du père pour la correction de son enfant, correction réglementée et contrôlée par l'Etat.

La dévolution de la puissance paternelle

La puissance paternelle appartient au père durant toute sa vie. Il ne peut ni la céder ni l'abdiquer. C'est un droit exclusivement attaché à sa personne. En cas de décès, de déchéance ou d'interdiction, la dévolution de la puissance paternelle est considérée par les docteurs hanéfites sous deux angles bien distincts, l'un relatif à la personne, l'autre aux biens. D'après ce rite, à défaut du père, la puissance paternelle relativement à la personne du mineur sera transmise aux parents « aceb » (ligne paternelle) les plus proches et selon leur degrés de parenté, suivant l'ordre de leur droit successoral : (Article 35 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel), le grand-père, l'arrière grand-père et les parents de la ligne collatérale masculine. A défaut de parents « aceb », la puissance paternelle sera dévolue à la mère de l'enfant et aux autres parents de la ligne maternelle, « zawil arham ». Nous voyons que la mère ne possède le droit d'exercer la puissance paternelle sur ses enfants mineurs qu'à défaut de parents « aceb ». D'après les juriconsultes malékites, lorsque la puissance paternelle est dévolue à la mère, celle-ci ne peut exercer toutes les attributions de la puissance paternelle, par exemple, elle n'est pas investie du droit du « Djibr » (contrainte matrimoniale), elle ne peut pas donner en mariage sa fille mineure.

Le Prophète a dit : « Une femme ne marie pas une

autre femme ». Cependant, les docteurs hanéfites ont reconnu que la mère, lorsqu'elle était investie de la puissance paternelle, pouvait l'exercer sans restriction et possède sur la personne de ses enfants tous les droits reconnus par la loi musulmane.

Quant à la dévolution de la puissance paternelle relativement aux biens, celle-ci sera étudiée dans le chapitre suivant consacré à l'étude de la tutelle.

Les jurisconsultes malékites ne font aucune distinction entre la personne de l'enfant et ses biens en ce qui concerne la dévolution de la puissance paternelle. C'est une seule personne qui se charge de prendre soin du mineur et d'administrer ses biens. Elle s'occupe de tout, même si elle est étrangère à la famille. Cependant, les hanéfites ne lui reconnaissent aucun droit sur la personne de l'enfant, elle ne s'occupe que de l'administration des biens. C'est aux personnes chargées de la puissance paternelle qu'incombent la garde de l'enfant, son éducation et son mariage. Si le tuteur testamentaire est parent du mineur, il peut exercer tous les pouvoirs sur la personne et les biens de celui-ci.

A défaut de tout parent « aceb » (de la ligne paternelle) ou des parents « zawil arham » (de la ligne maternelle), la puissance paternelle est transmise au cadi représentant et défenseur de tous les mineurs. Il est chargé par la loi de surveiller et de contrôler la gestion des personnes à qui l'on a confié la garde et l'éducation de l'enfant.

Les attributions de la puissance paternelle

Pour permettre au père de bien élever son enfant, la

loi musulmane lui accorde sur la personne et les biens de ce dernier beaucoup de droits. Nous allons voir comment les droits du père reconnus par le Fondateur de l'Islam ont été élargis par la tolérance des jurisconsultes musulmans.

Droit de garde

Le père est le premier protecteur naturel et légal de ses enfants mineurs. Le droit de garde est la première attribution de la puissance paternelle. La résidence de l'enfant est obligatoirement la demeure de ses parents. Il ne peut quitter la maison paternelle sans l'autorisation de son père. Il est soumis à sa direction et à sa surveillance. C'est son père qui dirige son éducation et surveille sa conduite. Il peut contrôler sa correspondance et lui interdire toute relation jugée nuisible.

A partir d'un certain âge l'enfant doit être instruit soit dans une école, soit à la maison, par un instituteur. L'article 9 de la loi Ottomane du 2 septembre 1869, encore en vigueur en Syrie, dit : « L'enseignement primaire est obligatoire dans l'Empire. Pour les filles cette obligation s'étendra depuis l'âge de six ans jusqu'à celui de dix ans et pour les garçons à partir du même âge jusqu'à celui de onze ans ».

Mais toutefois l'autorité administrative néglige souvent de mettre cette loi en application.

Le droit de correction

Le père a le droit de corriger son enfant. La loi lui

accorde cette mesure, afin de lui permettre de dresser les enfants indisciplinés et d'assurer leur éducation. Ce droit de correction n'est pas laissé à l'arbitraire du père, il est limité et réglementé par le législateur, il ne peut être exercé que dans une mesure raisonnable. Le père doit éviter tout abus d'autorité et tout mauvais traitement à l'égard de ses enfants. Les actes de violence qui seraient de nature à compromettre sa vie ou sa santé sont interdits. Le droit de correction doit s'allier avec l'affection et la protection qui sont corrélatives de la puissance paternelle.

L'autorité judiciaire collabore avec les parents pour corriger les enfants de nature indisciplinée. Le père peut s'adresser à l'autorité de justice et solliciter l'incarcération de son enfant. Mais ce droit de correction par l'intermédiaire de l'autorité judiciaire n'est pas bien réglementé. Il est donc rarement exercé, il est rare que le père s'adresse à l'autorité publique pour demander son aide dans la correction de son enfant. En général, c'est lui qui se charge d'assurer cette correction en usant davantage de sévérité.

Le cadi possède le droit de prononcer la déchéance de la puissance paternelle contre les parents qui abusent de leur autorité et maltraitent leurs enfants. Ceux-ci sont alors confiés à un parent qui exercera la puissance paternelle à la place du père. A défaut de parent, le cadi choisira une personne digne de confiance pour garder l'enfant, prendre soin de sa personne et assurer son éducation sous sa surveillance et son contrôle.

Section C. :

DROIT DE « Djibr », CONTRAINTE MATRIMONIALE

Le droit de « djibr » est le plus caractéristique des attributions de la puissance paternelle en droit musulman. Le mineur, dès sa naissance, jusqu'à sa majorité, est soumis au droit de contrainte matrimoniale. Le père peut marier ses enfants tant qu'ils sont sous sa puissance, sans prendre leur consentement.

Cet usage date de longtemps chez les Arabes. A l'époque préislamique où la famille était puissante et jouait un grand rôle politique et social dans la société, le mariage entre membres de différentes familles était un arrangement interfamilial. Ce sont les chefs de famille qui négociaient et décidaient entre eux la question du mariage de leurs enfants. Le droit de contrainte matrimoniale n'était exercé que dans l'intérêt de la famille. C'est pour le chef de famille une source de relations d'amitiés et d'alliances.

Le droit du « Djibr » a subsisté sous l'Islam et le chef de famille a conservé toujours ce droit sur ses enfants. Les juristes musulmans ont plutôt toléré qu'autorisé le droit de « Djibr ». Aucune disposition du Coran n'ayant accordé ce droit aux parents. La pratique du Fondateur de l'Islam établit que dans le mariage le consentement des deux époux est nécessaire. Lui-même a consulté sa fille et a pris son consentement avant de la marier avec son neveu (Ali-ben Abi Taleb).

La famille, comme nous l'avons dit dans la deuxième partie de cet ouvrage, n'a pas perdu complètement son

importance sociale et même politique, elle est restée fortement constituée et son chef a continué à exercer son pouvoir sur les différents membres. Ses enfants ne dépendent que de lui. Les jurisconsultes musulmans ont dû s'incliner devant cet état de fait en tolérant ce droit de contrainte matrimoniale, aux parents sur leurs enfants. Pour remédier aux fâcheuses conséquences de ce droit, ils ont apporté des modifications relatives à son exercice.

Ce droit, qui était avant l'Islam illimité et exercé dans l'intérêt du père de la famille, avec la réglementation des jurisconsultes ne peut plus être exercé que dans l'intérêt de l'enfant. Quoique le droit de « Djébr » soit un attribut de la puissance paternelle, toutes les personnes qui sont investies de cette puissance n'ont pas le droit de marier l'enfant mineur sans son consentement. Les docteurs hanéfites reconnaissent le droit de « Djébr » au père, au grand-père et au « Wali » ou tuteur en mariage. Les jurisconsultes malékites ne reconnaissent ce droit de « Djébr » qu'au père de l'enfant, ils le considèrent comme un droit personnel, celui-ci peut le léguer à un « oici » (tuteur testamentaire). Dans le rite chaféïte, on admet qu'à côté du père, le grand-père peut exercer le droit de « Djébr » sur ses petits enfants.

Tous les jurisconsultes musulmans ont décrété que la personne investie de droit de contrainte matrimoniale doit remplir certaines conditions et avoir certaines qualités. Elle doit jouir d'une bonne réputation, d'une haute moralité et elle doit agir en bon père de famille dans l'intérêt de l'enfant. Si elle est d'une moralité douteuse ou « saïelichtyar » (mauvais choisisseur), le mariage sera

absolument nul, et au cas où il lèse gravement le garçon en lui faisant payer une dot supérieure à celle qu'il devrait fournir, ou la fille en acceptant pour elle une dot inférieure à celle qui devrait lui être assignée, ou si les époux sont mal assortis, le mariage sera radicalement nul (article 46 du code égyptien en matière de statut personnel).

Le mariage imposé à l'enfant par son père ou son grand-père réunissant toutes les conditions requises par la loi est valable et ses effets seront obligatoires, sans qu'aucun des époux devenu majeur ne puisse en demander l'annulation (article 35 du code égyptien en matière de statut personnel).

Quand c'est une personne autre que le père ou le grand-père qui a marié l'enfant mineur, la loi a pris plus de précautions. D'abord la simple lésion dans la dot rend le mariage nul, et, d'autre part, ce mariage n'a toujours qu'un caractère provisoire, le mineur arrivé à sa majorité (acquise à la puberté) a le droit d'accepter le mariage ou de demander son annulation. Les mariages de mineurs sont en quelque sorte des fiançailles vu leur caractère provisoire, leur exécution dépendra de la volonté des deux fiancés qui peuvent à leur majorité accepter définitivement ce mariage qui leur a été imposé ou demander son annulation.

La consommation du mariage illégalement avant la nubilité de la fille ne met aucun obstacle pour la demande d'annulation de son mariage imposé. Cette annulation ne peut être demandée qu'en justice, et les effets de l'annulation ne courent que de la date de la décision judiciaire prononçant l'annulation.

Nous voyons que le mariage de mineur est souvent annulable. Car, si c'est le père ou le grand-père qui l'a imposé, l'enfant peut toujours s'arranger pour trouver des causes d'annulation. Il prétend tantôt qu'il était lésé, tantôt qu'on lui a fait un mauvais choix, et comme l'appréciation de ces choses est assez délicate, le juge possède une liberté d'appréciation souveraine et prend en considération l'intérêt de l'enfant. D'autre part, quand le mariage est imposé par une autre personne que le père ou le grand-père, l'enfant peut demander l'annulation sans donner de motif, l'annulation est de plein droit.

Nous voyons que le mariage de l'impubère est sans utilité, car aucun jurisconsulte musulman n'admet la possibilité de la consommation de mariage avant la puberté. Le mariage des mineurs n'était qu'une simple tolérance de la part des jurisconsultes musulmans. Rien n'est dicté dans le Coran à ce sujet-là, le Prophète lui-même, Fondateur de l'Islam, disait : « Mariez-vous à l'envie, procréez continuellement, au jour du jugement dernier, mon éclat sera d'autant plus grand au milieu des autres nations que vous aurez en plus de fécondité ». D'après cette parole du Prophète, nous voyons que le mariage n'est établi qu'entre des personnes pubères, à sa puberté, l'enfant peut contracter un mariage, car la procréation était le but du mariage. Dès lors, le mariage ne se conçoit qu'entre personnes en état de réaliser ce but. C'est-à-dire de procréer. En cas de mariage d'un enfant mineur, la consommation de ce mariage ne peut l'être qu'après sa puberté. Si les parents veulent assurer une union avantageuse à leurs enfants, ils n'ont qu'à attendre leur majorité et de prendre leur consen-

tement, ou de faire des fiançailles sans effets juridiques, au lieu de passer un acte de mariage qui pourrait être contesté par leurs enfants à leur majorité. En résumé, le droit de « Djébr » est un droit exorbitant, il n'est consacré comme nous avons dit, ni par le Coran, ni par le Prophète. C'est plutôt une coutume qui a été tolérée par les jurisconsultes musulmans. Il ne présente aucune utilité sociale, il méconnaît l'élément essentiel dans le contrat de mariage, le libre consentement des époux. En supprimant le droit de « Djébr » et le mariage de l'impubère, on n'irait pas contre les principes fondamentaux de l'Islam.

Section D. :

*LES DROITS RECONNUS A LA MERE PAR LA LOI
MUSULMANE SUR LA PERSONNE DE SES ENFANTS
MINEURS.*

La « Hadanah » ou droit de maternité

Nous avons vu dans le chapitre précédent que la mère n'exerce pas la puissance paternelle sur ses enfants qu'à défaut du père et de tout parent « aceb » de la ligne paternelle. Elle ne possède que le droit de la « Hadanah ». La loi musulmane lui a reconnu le droit de garder ses enfants en bas âge et leur donner les soins dont ils ont besoin. Jusqu'à un certain âge, l'entretien et l'éducation lui incombent.

L'institution de la « Hadanah » ne met jamais à l'écart la puissance paternelle, celle-ci s'exerce toujours concurremment.

remment avec la « Hadanah ». Le père possède toujours le droit de surveillance et de contrôle sur l'exercice de la « Hadanah ». Si la mère ne remplit pas ses obligations à l'égard de l'enfant ou néglige son entretien et son éducation ou si elle n'est pas estimée assez digne pour garder l'enfant, le père peut réclamer en justice la déchéance de ce droit.

La mère exerce la « Hadanah » durant le mariage et après sa dissolution ; c'est un droit qui lui est reconnu par la loi.

Durant le mariage, comme la résidence de la mère est normalement celle de son mari, pour cela le droit de la « Hadanah » ne donne lieu à aucune contestation, la mère exerce ce droit sur ses enfants sous la surveillance et collaboration du père. Le droit de « Hadanah » est d'un grand intérêt après la dissolution du mariage. C'est qu'à ce moment, les intérêts de l'enfant sont en jeu, et il faut décider auquel des deux époux l'enfant sera confié. Le législateur musulman a créé l'institution de la « Hadanah » et l'a réglementée pour assurer la protection de l'enfant en bas âge, il a déterminé quelles sont les personnes qui seront chargées de remplir la « Hadanah » à défaut de la mère et quelles sont les conditions et les qualités requises pour l'exercice de ce droit.

La « Hadanah » est un droit personnel à la mère, le père après la dissolution du mariage ne peut pas lui refuser la garde de ses enfants jusqu'à un certain âge. Elle peut toujours réclamer le droit de la « Hadanah » en justice. Cependant, la « Hadanah » n'est pas seulement un droit pour la mère, c'est un devoir et une charge en même

temps. Elle ne peut pas refuser de garder ses enfants et de prendre soin d'eux.

« Toute mère légitime a le droit de garder son
« enfant, garçon ou fille, soit pendant le mariage, soit
« après sa dissolution, et lui donner les soins récla-
« més par son enfance, pourvu qu'elle remplisse
« toutes les conditions requises pour exercer ce droit. »
Article 380 du Code égyptien en matière de statut
personnel.

« Lorsque la femme à laquelle incombe le devoir
« de garder l'enfant, refuse de remplir ce devoir, elle
« y sera contrainte, si elle n'est pas remariée et s'il
« ne se trouve une autre parente capable de le garder
« ou qu'elle refuse de s'en charger. » Article 387 du
Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Les jurisconsultes hanéfites trouvent dans la « Hada-
nah » une charge imposée à la mère et un démembrement
de la puissance paternelle.

Durée de la « Hadanah »

La « Hadanah » prend fin une fois que l'enfant peut
se passer des soins maternels. Toutefois, les jurisconsultes
musulmans ne sont pas d'accord sur la détermination de
cet âge. D'après les docteurs hanéfites, la « Hadanah »
s'exerce pour les garçons jusqu'à l'âge de sept ans accom-
plis, et pour les filles jusqu'à l'expiration de leur neuvième
année. Pour les docteurs Malékites, la « Hadanah » des
filles dure jusqu'au mariage, quant aux garçons ils ont
admis la solution hanéfite. « Kalil. Texte Malékite, trad.

Perron, tome III, page 159 ». Passé cet âge, le père ou le tuteur testamentaire de l'enfant aura le droit de le réclamer et le reprendre. En cas de refus, la « Hadinah » (1) sera contrainte de le remettre. De son côté, si la « Hadinah » veut remettre l'enfant à son père ou à son tuteur, ils seront obligés de le reprendre. Lorsque l'enfant n'a ni père ni grand-père, il sera remis à un de ses proches parents « aceb » ou au tuteur testamentaire, s'il est garçon. Quant à la fille, elle ne sera pas remise à un parent avec lequel elle peut se marier ; au cas où il n'y a ni parent « aceb », ni tuteur testamentaire, l'enfant sera laissée à la « Hadinah » à moins que le magistrat ne trouve une personne plus capable et plus digne de confiance. Article 391 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

La dévolution de la « Hadanah »

Durant la vie de la mère, c'est à elle qu'incombe la charge de garder son enfant en bas âge et de lui donner les soins exigés par son état. A défaut de la mère la « Hadanah » sera transmise aux parents de la ligne maternelle, et à défaut de ceux-ci, aux parents « aceb » de la ligne paternelle. Dans le choix, les femmes l'emporteront sur les hommes, la parenté utérine sur la parenté consanguine. Le degré de parenté le plus proche exclut le plus éloigné. Lorsqu'il se trouve deux parents du même degré, le plus honorable et le plus âgé prime l'autre.

(1) La « Hadinah » c'est la personne chargée d'exercer le droit de « Hadanah ».

Il ne suffit pas d'être parent de l'enfant pour exercer le droit de « Hadanah », il faut être sain d'esprit, d'un âge à pouvoir donner les soins que l'enfant réclame, digne de confiance et d'une conduite irréprochable et en état de veiller sur la personne de l'enfant et d'assurer son éducation, d'avoir sa résidence dans la commune où se trouve le domicile du père ou du tuteur qui sont chargés de surveiller l'exercice de la « Hadanah ».

Dans le cas où la « Hadinah » cesse de satisfaire à toutes ces conditions, la garde de l'enfant peut lui être enlevée. Le père ou le tuteur peut demander au juge la prononciation de la déchéance de droit de la « Hadanah ».

En cas de convol de la mère avec un étranger à l'enfant, elle perd son droit de « Hadanah ». Le père ou le tuteur peut réclamer de reprendre l'enfant et de le confier à une autre parente, qui se chargera de donner les soins à l'enfant. Toutefois, le juge peut laisser la garde de l'enfant à sa mère quoi qu'elle a convolé avec un étranger, s'il trouve que l'intérêt de l'enfant l'exige. Car le juge est obligé de se préoccuper de l'intérêt de l'enfant avant tout.

La personne à qui incombe l'exercice de la « Hadanah » a le droit de réclamer au père de l'enfant ou à son tuteur les frais de nourriture et d'entretien. Quant aux soins personnels, d'après les jurisconsultes malékites ils ne sont jamais rémunérés, la « Hadinah » ne peut réclamer un salaire. En donnant des soins à l'enfant, elle s'acquitte d'une obligation naturelle. Les docteurs hanéfites ne reconnaissent pas ce droit à la mère, mais pour les autres personnes qui exercent la « Hadanah » à sa place, on leur accorde un salaire pour les soins personnels donnés à

l'enfant. La solution malékite nous semble plus justifiée et s'accorde avec l'esprit de la « Hadanah ». Ces juriscultes voient dans la « Hadanah » une institution naturelle, obligeant la mère et les autres parentes à garder l'enfant en bas âge et à lui donner tous les soins personnels nécessaires sans aucune rémunération. C'est une obligation légale institutionnelle. La « Hadinah » ne peut réclamer que les frais de nourriture et d'entretien. Si le père ne peut faire face à ces frais, et si l'enfant n'a pas de biens personnels, la mère sera obligée de les supporter.

La « Hadanah » étant une institution parallèle à la puissance paternelle et une partie de celle-ci, son exercice ne doit mettre aucun obstacle au droit du père sur son enfant. La « Hadinah » doit faciliter au père la surveillance et le contrôle de la « Hadanah ». La « Hadinah » n'a pas le droit de s'éloigner avec l'enfant du domicile du père ou du tuteur, afin de ne pas rendre difficile cette surveillance.

L'allaitement

Nous avons vu que la mère exerce la « Hadanah » sur ses enfants en bas âge, soit durant le mariage, soit après sa dissolution. C'est un droit et une obligation en même temps.

En premier lieu figure l'allaitement. C'est une obligation naturelle. Chaque mère est obligée d'allaiter son enfant, soit durant le mariage, soit après sa dissolution. Le Coran a fait de cette obligation naturelle une obligation civile, il a commandé aux mères d'allaiter leurs enfants pendant deux ans.

« Les enfants seront nourris au sein durant deux
« ans. Le père de l'enfant doit le nourrir et l'habiller
« selon ses possibilités — l'héritier du père a les
« mêmes devoirs. Une mère ne doit pas être lésée à
« cause de son enfant. Si les deux époux désirent
« sévrer l'enfant, ils peuvent s'entendre, ils ne pèchent
« point. Si vous préférez prendre une nourrice, pour
« les enfants, point de péché pas plus si vous lui payez
« ce que vous lui avez promis. Craignez Allah et
« sachez qu'Allah voit ce que vous faites. » Coran,
chapitre II, verset 233.

En principe, la mère, d'après le rite hanéfite n'est pas tenue d'allaiter son enfant, le père est obligé de leur donner une nourrice. Cependant, ces jurisconsultes n'imposent à la mère le devoir d'allaitement que dans trois cas exceptionnels :

1° Lorsque le père et l'enfant n'ont pas les moyens de payer une nourrice ;

2° Lorsqu'il ne se trouve aucune qui se charge de l'allaiter gratuitement ;

3° Lorsque l'enfant refuse de prendre le sein d'une autre femme.

(Article 366 du code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.)

D'après les jurisconsultes malékites, l'allaitement est une obligation pour la mère tant que le lien du mariage subsiste. L' « allaitement de l'enfant est obligatoire pour la mère ». « Khalil. Texte malékite, trad. de Perron, t. III, Page 157 ».

Cette solution s'accorde avec l'esprit du Coran qui a

voulu faire de l'obligation naturelle de l'allaitement une obligation civile. Après la dissolution définitive du mariage, la mère sera déchargée du devoir de l'allaitement. Si elle allaite son enfant, elle a le droit d'exiger du père de l'enfant ou de la personne à qui incombe l'entretien de l'enfant, un salaire.

Dans le rite hanéfite, la mère n'est pas obligée d'allaiter son enfant ni durant le mariage ni après sa dissolution. Cependant, si elle l'allait de sa volonté durant le mariage, elle ne peut demander un salaire. Elle ne peut demander d'être rémunérée que pour l'allaitement donné après la dissolution irrévocable de l'union conjugale. Toutefois, si une parente offre d'allaiter l'enfant gratuitement, le père peut enlever à la mère, qui exige un salaire, la charge de l'allaitement de son enfant et le donner à cette personne qui l'allaiterait gratuitement.

« Après l'expiration du délai de la retraite, la mère répudiée doit avoir la préférence sur toute nourrice étrangère, à moins qu'elle ne demande un salaire plus élevé. Si une nourrice étrangère consent à nourrir l'enfant gratuitement ou moyennant un salaire inférieur au salaire coutumier, et la mère réclame le montant intégral de ce salaire, l'enfant est confié à la nourrice étrangère qui doit l'allaiter dans la maison maternelle. La mère aura le droit de réclamer le prix de la « Hadanah », à moins que la nourrice ne soit une personne parente de l'enfant à un degré prohibé, et qu'elle ne se charge en même temps de le garder gratuitement ou que le père ne soit sans ressources. Dans ce cas, la mère aura le choix ou de garder son enfant gratuitement, ou de le laisser aux soins de la nour-

rice. » Article 389 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Dans tous les cas où la mère possède le droit à un salaire, elle peut le réclamer sans avoir fait un contrat avec le représentant de l'enfant. (Article 371 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.)

Le salaire dû à la mère pour l'allaitement ne se prescrit pas par la mort du père. C'est une créance pour le remboursement de laquelle la mère fera concurrence avec les autres créanciers de la succession. (Art. 373 du même code.)

Nous voyons que le législateur musulman a réglementé l'allaitement, il a déterminé les droits et les devoirs de la mère relativement à l'exercice de l'allaitement soit pendant le mariage ou après sa dissolution, afin de sauvegarder les intérêts de l'enfant. Cette réglementation présente beaucoup d'intérêts, surtout après le divorce, car c'est à ce moment que l'intérêt de l'enfant est en jeu, le législateur a pris toutes les mesures nécessaires pour sauvegarder et assurer la protection de la personne de l'enfant.

Section E. :

LES DROITS ET LES DEVOIRS DES ENFANTS

A L'EGARD DE LEURS PARENTS

Nous avons vu que la loi accorde aux parents beaucoup de droits sur la personne et les biens de leurs enfants mineurs, afin de faciliter la charge de l'entretien et de

l'éducation qui leur incombe. Réciproquement, elle reconnaît aussi aux enfants des droits et leur impose des devoirs à l'égard de leurs parents.

Cette réciprocité consolide l'institution de la famille. Le législateur musulman n'avait pas l'intention de supprimer ou de méconnaître la famille, il a seulement voulu lui enlever son rôle social afin d'assurer l'égalité entre les différents membres de la société musulmane, et son rôle politique pour le confier à l'autorité sociale. La famille d'après lui ne doit pas déborder le champ d'action qui lui est propre. C'est une institution naturelle et d'origine divine.

Pour assurer le développement et la continuation de cette institution, le législateur a accordé beaucoup de droits et imposé beaucoup de devoirs entre les divers membres de la famille. Ces droits et ces devoirs entre les parents sont très nombreux et très étendus en droit musulman. Parmi ceux-ci, l'obligation alimentaire qui est d'une importance capitale. Le Coran et le « Hadis » ont prescrit aux parents une conduite honnête et le devoir d'assistance mutuelle, ils ont réglementé les droits et les devoirs entre les divers membres de la famille.

Le droit de l'entretien

Les parents sont tenus d'entretenir leurs enfants. Cette obligation naturelle devient civile par la volonté de la loi. Elle est caractérisée en ce qu'elle incombe au père seul, et à son défaut seulement, elle incombe à la mère.

Cette différence s'explique par le rôle prépondérant qu'occupe le père dans la famille. Dans les législations européennes le père et la mère sont égaux devant l'obligation d'entretien dû à leurs enfants. Le père n'est tenu d'entretenir son enfant que lorsque l'enfant n'a pas des biens personnels, en cas d'existence d'une fortune personnelle à l'enfant, les frais de l'entretien de celui-ci seront prélevés sur ses revenus. L'obligation du père s'étend même sur ses enfants majeurs, s'ils sont sans ressources, infirmes ou chômeurs.

« Le père est obligé d'entretenir son fils majeur, « lorsqu'il est pauvre, perclus ou atteint d'une infirmité, qui le met hors d'état de subvenir à ses « besoins par son travail. Il est débiteur aussi envers « sa fille majeure, pauvre, non mariée, même n'ayant « pas d'infirmité. Le fils majeur pauvre issu d'une « noble famille et qui ne peut être employé pour « gagner sa vie, doit être entretenu par son père. »

Article 396 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

La fille jusqu'au mariage est à la charge de son père, elle l'est aussi, si elle a été mariée et répudiée.

Nous voyons qu'en droit musulman le père est obligé d'entretenir ses enfants, il ne peut pas se soustraire à ce devoir :

« Le père pauvre et non atteint d'aucune infirmité ne peut pas être déchargé à cause de sa « pauvreté de l'obligation d'entretenir ses enfants, il « doit subvenir à leurs besoins par son travail. S'il

« refuse de travailler, il sera contraint, il peut être
« condamné à l'emprisonnement s'il ne s'acquitte pas
« de sa dette alimentaire vis-à-vis de ses enfants. Si
« le produit du travail du père ne suffit pas aux
« besoins de ses enfants, ou si le travail manque, les
« proches parents, s'ils sont aisés seront appelés à
« pourvoir aux frais d'entretien. » Article 398 du Code
hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Le père peut employer la personne de son enfant pour un travail rémunérateur et en rapport avec l'état et l'âge de l'enfant. Il doit apprendre à ses enfants un métier quelconque afin de leur assurer un moyen d'existence. Si le père est dans l'impossibilité de payer la pension alimentaire à ses enfants en bas âge ou majeurs mais infirmes, ou s'il est décédé, l'obligation alimentaire sera transmise aux autres parents de l'enfant selon l'ordre établi par la loi.

« Lorsque l'enfant pauvre mineur ou majeur
« infirme, dont le père est mort réellement ou civillement, a des ascendants aisés, s'ils sont au même
« degré de proximité et de même qualité de parenté,
« sans être tous successibles de l'enfant, l'héritier
« seul sera débiteur de la pension alimentaire envers
« l'enfant. Si les ascendants ne sont pas au même
« degré de parenté et de même qualité, la pension
« alimentaire de l'enfant sera à la charge du plus
« proche. » Article 400 du Code hanéfite égyptien en
matière de statut personnel.

Nous voyons d'après ce texte que le plus proche parent est tenu, à l'exclusion du plus éloigné, et qu'entre

parents du même degré celui qui n'y serait pas appelé ne serait pas tenu. Le devoir d'entretien imposé aux parents est, par conséquent, en droit musulman la contrepartie de leur droit successoral.

Dans le cas où les parents sont de même degré et tous successibles, l'obligation alimentaire sera divisée entre eux proportionnellement à leur part successorale. Par exemple, la mère en venant en concours avec un grand parent, supportera le tiers et le grand parent les deux tiers. En droit musulman, la dette alimentaire est divisible. Mais toutefois les jurisconsultes des différents rites ne sont pas d'accord sur la règle de la dévolution et du partage.

Dans le rite hanéfite, la mère et les ascendants sont appelés concurremment en premier lieu de fournir la pension alimentaire à l'enfant. Cependant, les jurisconsultes malékites imposent le devoir d'entretien de l'enfant en premier lieu à la mère et puis aux autres parents au degré le plus rapproché.

Quant à la règle de partage en cas de divisibilité de la pension alimentaire entre plusieurs parents de même degré et de même qualité, les jurisconsultes hanéfites répartissent la pension alimentaire proportionnellement à leur part dans la succession de l'enfant. Les jurisconsultes des autres rites admettent que la répartition peut être faite d'après les facultés et l'état de fortune de chacun des débiteurs de la créance alimentaire.

La détermination de la pension alimentaire se fait, soit amiablement entre le créancier et le débiteur, ou en cas de désaccord par une sentence du *cadi*. Celui-ci fixe le chiffre de la pension et détermine le mode de paiement. Il prend

en considération la fortune du débiteur de l'obligation alimentaire, sa charge de famille, et, d'autre part, des besoins du créancier de l'aliment d'après son genre de vie et ses besoins et son rang social.

La dernière caractéristique de la dette alimentaire est qu'elle ne comporte pas d'arrérages. Les arriérés de la pension ne peuvent être réclamés en justice. Dans ce cas il est présumé que l'enfant n'a pas eu besoin, n'en a pas exigé le paiement, à moins que le père ou la personne à qui incombe cette dette alimentaire soient absents ou récalcitrants à l'échéance déterminé et que l'enfant ait contracté une dette afin de subvenir à ses besoins, dans ce cas là, les arrérages de la pension ne seront pas frappés de prescription, il peut les réclamer plus tard. Le père ou le parent qui est tenu à sa place est obligé de les verser.

Le montant de la pension alimentaire fixé par le cadi n'est pas définitif. Celui-ci peut toujours le modifier. Il peut augmenter ou diminuer le montant de la dette alimentaire en tenant compte du changement de la situation pécuniaire du créancier et du débiteur de l'aliment, de la condition économique et coût de la vie courante.

Les devoirs des enfants à l'égard de leurs parents

Comme la loi a accordé aux enfants des droits sur leurs parents, elle leur a imposé des obligations et des charges à leur égard.

L'enfant est tenu d'entretenir ses parents s'ils sont dans le besoin. C'est une obligation naturelle, le Coran l'a

sanctionné en imposant aux enfants à l'égard de leurs parents les devoirs d'affection et d'assistance.

« Ton seigneur a décrété que vous n'adorez que
« lui. Il vous a prescrit la bonté à l'égard de vos
« parents, si l'un d'eux ou tous les deux atteignent la
« vieillesse en vivant auprès de toi. Et ne leur dis pas
« « Fi ». N'affiche pas de mépris à leur égard. Ne
« murmure pas contre eux et adresse leur des paroles
« bienveillantes. »

« Abaisse vers eux l'aile de l'humilité par ten-
« dresse et dis : ô, mon seigneur, aie pitié d'eux,
« comme ils m'ont élevé quand j'étais petit. » Coran,
chapitre XXIV, vers 57 et 58.

« Nous avons recommandé à l'homme, son père et
« sa mère. Sa mère l'a porté dans ses entrailles en
« accumulant peine sur peine, et elle ne le sèvre
« qu'au bout de deux ans. Sois reconnaissant envers
« moi et envers ton père et ta mère. Et n'oublie pas
« que c'est à moi qu'est le retour. »

« Mais s'ils luttent avec toi Mohamed : pour
« que tu m'associes ce que tu ne connais pas, ne leur
« obéis pas. Mais agis envers eux honnêtement dans ce
« monde et suis le sentier de celui qui revient repre-
« nant à moi. Ensuite, c'est que sera votre retour ; et
« je vous ferai connaître alors ce que vous aviez fait. »
Coran, chapitre XXXI, vers 13 et 14.

Nous voyons d'après ces passages du Coran que l'enfant doit à tout âge soumission et respect à son père et sa mère. Il leur doit encore une pension alimentaire ainsi qu'à

ses grands-parents et autres parents dont il sera éventuellement appelé à les succéder.

« L'enfant aisé, majeur ou mineur, de l'un ou de l'autre sexe, doit seul la pension à ses parents et grands-parents sans ressources, musulman ou non musulman, soumis à la puissance musulmane, infirmes ou même pouvant faire un travail rémunéré. » Article 408 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Les docteurs hanéfites imposent à l'enfant de fournir une pension alimentaire à tous parents de degré prohibé. Cependant, d'après les jurisconsultes malékites, l'enfant n'est tenu d'une dette alimentaire qu'envers son père et sa mère. Les jurisconsultes chaféïtes ont adopté une solution intermédiaire, ils accordent la pension alimentaire au père, à la mère et aux grands-parents.

Si l'enfant ne possède pas des ressources suffisantes pour fournir une pension, il sera tenu de recevoir chez lui son père et sa mère.

Ce qui caractérise cette obligation alimentaire, c'est sa répartition proportionnelle à la nature et au degré de parenté plutôt qu'à la part successorale des débiteurs.

« La pension due par les enfants aux parents sans ressources n'est pas proportionnelle à leur part successible. Elle a pour base la qualité de l'enfant et la proximité de degré. Ainsi, en cas de concours d'un fils et d'une fille, tous les deux en position de servir la pension, celle-ci doit être fournie par les deux, chacun pour une moitié. De même en cas de deux fils aisés, l'un musulman et l'autre chrétien

« ou juif, chacun d'eux doit fournir la moitié de la
« pension. En présence d'un fils et d'un petit-fils,
« tous les deux aisés, la dette exclusivement à la
« charge du fils, si le fils est absent ou présent sans
« ressources, le petit-fils sera contraint de servir la
« pension et pourra avoir recours contre le fils, s'il
« venait à acquérir des biens. La fille possédant des
« ressources doit supporter seule la charge de la
« pension, malgré le concours d'un petit-fils également
« aisé. Les petits enfants d'un sexe ou de l'autre au
« même degré doivent concourir, à parts égales, à
« l'entretien de leurs ascendants. » Article 414 du
Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Selon la solution des docteurs hanéfites, les descendants concourent à parts égales à l'entretien de leurs ascendants. Dans les autres rites, la question est discutée. Si chacun doit payer une quote-part proportionnelle à son droit de succession ou d'après ses possibilités. La Commission de codification du droit musulman en Algérie a adopté la première solution :

« S'il y a plusieurs descendants du même degré
« chacun n'est tenu de contribuer au service de la
« pension alimentaire qu'au prorata de ses droits
« éventuels dans la succession de celui à qui les ali-
« ments sont dûs. » Article 122.

La créance alimentaire due aux ascendants est privilégiée.

« Les frais nécessaires à l'entretien de l'homme
« et de sa femme et de ses enfants sont payables
« avant toute autre créance. » Article 197 du Code
hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

CHAPITRE II

LA TUTELLE

La tutelle est le régime de protection établi par la loi au profit des enfants mineurs pour assurer l'administration et la conservation de leur patrimoine. La loi musulmane a établi un seul régime de protection des biens pour tous les mineurs sans distinction, orphelin ou non. Il n'y a qu'un seul régime de tutelle, commun à ceux qui ont leur père et mère ou l'un d'eux et à ceux qui n'ont ni père ni mère. Le père est considéré comme le tuteur naturel et légal de ses enfants mineurs. Il ne possède qu'un droit d'administration sur les biens de ceux-ci. Il est obligé de rendre compte de sa gestion.

L'usufruit légal qui est accordé aux parents sur les biens de leurs enfants mineurs par la loi française et, par la plupart des législations européennes modernes, n'existe pas en droit musulman. Le Coran n'a pas reconnu ce droit aux parents. Le Fondateur de l'Islam se montrait très soucieux de l'intérêt des mineurs et de tous les faibles. Il n'a pas laissé aux parents la liberté de disposer des biens de leurs enfants à leur guise, afin de conserver la fortune du mineur et de la lui remettre à sa majorité.

Si le père est considéré comme le tuteur de ses enfants mineurs, il n'est pas soumis au régime restrictif de la tutelle. La loi lui reconnaît une liberté d'administration et d'aliénation sur les biens de ses enfants plus étendue que celle d'un autre tuteur.

La tutelle en droit musulman constitue une charge des plus lourdes par suite des restrictions imposées à sa gestion. Elle diffère de la tutelle en droit français en ce que le tuteur musulman ne prend pas soin de la personne de l'enfant, sa fonction consiste à administrer et gérer les biens de celui-ci, c'est à d'autres personnes à s'occuper de la personne de l'enfant et de son éducation. La garde de l'enfant et son éducation rentrent dans les attributions de la puissance paternelle qui appartient au père et à son défaut au grand-père et aux autres parents suivant l'ordre de dévolution de la puissance paternelle établi par la loi. Quand la tutelle est attribuée à ces personnes pourvues de la puissance paternelle, dans ce cas là, il y a cumul de fonction, le tuteur exerce en même temps les attributs de la puissance paternelle et administre les biens de l'enfant.

La protection de la personne du mineur, est organisée différemment de celle de ses biens, et les personnes qui assurent ces deux fonctions ne sont pas nécessairement les mêmes. D'autre part, les deux minorités ne prennent pas fin à la même époque. Il se peut que l'enfant soit maître de sa personne et reste en ce qui concerne ses biens sous le régime de la tutelle. Celle-ci dure jusqu'à la majorité de l'enfant ou son émancipation.

Dans ce chapitre nous étudierons exclusivement le régime protecteur des biens de mineurs, sans nous occuper

du régime relatif à sa personne. Car cela rentre dans l'institution de la puissance paternelle et la « Hadanah », étudiés dans le chapitre précédent.

En étudiant l'institution de la tutelle, nous verrons comment le Fondateur de l'Islam se préoccupait de l'intérêt des mineurs qui était l'objet d'une grande sollicitude de sa part. Il a dicté les principes généraux de l'institution de la puissance paternelle et la tutelle en laissant à l'autorité sociale la charge de surveiller et de contrôler l'exercice de ces deux institutions protectrices des mineurs, de légiférer et de réglementer le fonctionnement de ces deux institutions en déterminant les droits et les devoirs des personnes chargées de remplir la puissance paternelle et la tutelle.

Les jurisconsultes musulmans ont réglementé le fonctionnement de la tutelle, les droits et les devoirs des tuteurs, leur responsabilité à l'égard de leur pupille. Le « cadi » a été chargé de surveiller et de contrôler la gestion tutélaire, en cas de besoin de remplacer les tuteurs et de participer avec eux dans les actes importants des transactions des biens des mineurs. Quand l'enfant n'a ni père ni tuteur, c'est au cadi que la tutelle sera dévolue. Il est le tuteur légal de tous les mineurs qui se trouvent sans protection. Comme il arrive souvent qu'un grand nombre d'enfants se trouve à sa charge, il est difficile de remplir la tutelle effectivement. Il délègue cette fonction à une personne qui l'exercera sous son contrôle et sous sa responsabilité. Mais il est difficile que ce contrôle soit efficace et souvent les intérêts du mineur se trouvent compromis.

L'hypothèque légale établie en droit français au profit

des mineurs n'est pas connue en droit musulman, et le recours des pupilles contre leurs tuteurs reste souvent illusoire, et un grand nombre d'enfants s'exposant au danger de l'insolvabilité de leurs tuteurs qui ont dissipé leur fortune.

On a éprouvé depuis longtemps dans les pays musulmans la nécessité de réaliser une réforme et d'apporter une certaine innovation dans l'institution de la tutelle pour assurer un contrôle efficace de la gestion des tuteurs et pour sauvegarder les intérêts des pupilles et leur éviter le danger qu'ils peuvent courir par le fait de l'insolvabilité de leur tuteur.

C'est ainsi que le législateur ottoman a créé par la loi du 4 Rebi Ewel 1324 sur l'administration des biens des mineurs un conseil sous le nom de Conseil de Gérance des biens des mineurs chargé de contrôler la gestion tutélaire et de recevoir les comptes des tuteurs et de donner l'autorisation pour l'accomplissement de certains actes. Un fonctionnaire spécial est chargé de surveiller l'exercice de la tutelle et de collaborer avec les tuteurs dans les actes importants concernant les mineurs, de représenter ceux-ci en cas de besoin en justice et d'assurer la protection de leurs intérêts. Une caisse autonome pour les dépôts et les opérations de placement des deniers des mineurs, pour assurer la conservation et la fructification de ces deniers.

Si cette loi se trouve bien inspirée dans ses principes, elle se révèle insuffisante dans son application et ne donne point les résultats escomptés.

En examinant les différents rouages de ce système de

protection des mineurs, nous tâcherons de montrer les difficultés qui s'opposent à son bon fonctionnement.

Section A. :

DEVOLUTION DE LA TUTELLE

En droit musulman, l'enfant dès sa naissance est soumis à la tutelle de ses parents en ce qui concerne ses biens. Le législateur n'a dicté qu'un seul régime de protection des biens pour tous les mineurs, sans distinction de ceux qui ont leurs parents ou l'un d'eux et ceux qui n'en n'ont pas. Pour tous, il n'y a que le régime de la tutelle. Il n'y a pas comme en droit français administration légale si les parents sont vivants, et tutelle, s'ils sont décédés. Le Coran n'a pas reconnu aux parents l'usufruit légal, étant donné que le législateur était très soucieux de sauvegarder l'intérêt de tous les mineurs. Il n'a reconnu aux parents que le droit d'administration sur les biens de leurs enfants, ils sont obligés d'administrer en bons pères de famille et de rendre compte de leur gestion. Ils sont responsables de tout dommage causé à l'enfant par leur mauvaise administration, ils sont soumis au régime plus ou moins restrictif de la tutelle.

Les mineurs en droit musulman sont assimilés aux interdits quant à leur capacité relative aux biens. Tant que dure leur minorité, ils restent en état d'interdiction.

« Les impubères et les pubères qui sont en état
« de démence ou d'imbécilité sont interdits de plein
« droits. » Madjallat, article 957.

Le père est le tuteur naturel et légal de ses enfants mineurs. Toutefois, il n'est pas soumis à toutes les règles restrictives de la tutelle, le législateur lui reconnaît une liberté d'administration et d'aliénation plus étendue que celle reconnue à un autre tuteur. Pour l'accomplissement de certains actes, par exemples, le tuteur est tenu de requérir l'autorisation de l'autorité judiciaire. D'autres lui sont interdits. Cependant, le père se trouve dispensé des mêmes formalités pour les mêmes actes.

Nous voyons qu'en droit musulman la puissance paternelle ne s'exerce que sur la personne de l'enfant, elle ne porte aucune prérogative sur les biens, ceux-ci sont toujours régis par la réglementation de la tutelle.

Les règles de dévolution de la tutelle

Les jurisconsultes musulmans ne sont pas d'accord sur les règles de la dévolution de la tutelle, il y a une grande divergence en cette matière entre les différents rites.

D'après les docteurs hanéfites, il y a trois sortes de tutelle : 1° La tutelle légale du père et des ascendants de la ligne paternelle ; 2° La tutelle testamentaire ; 3° La tutelle du « cadi ».

La tutelle est dévolue en premier lieu au père de l'enfant exclusivement, la mère n'est pas instituée par la loi tutrice de ses enfants mineurs. Cependant, le père à son décès peut la nommer dans son testament.

Au décès du père ou à son défaut, la tutelle sera dévolue au tuteur testamentaire. Si le père n'a pas choisi un tuteur de son vivant, la tutelle sera dévolue de plein droit

aux grands-parents « aceb » de la ligne paternelle. A défaut de ceux-ci, la tutelle sera dévolue en dernier lieu au cadi.

« La tutelle de l'impubère appartient aux personnes ci-après désignées, dans l'ordre indiqué ; et les unes à défaut des autres : 1° Le père de l'impubère ; 2° Si le père est mort, le tuteur testamentaire (Waci Mouhtar), c'est-à-dire, le tuteur nommé par le père de son vivant ; 3° Le tuteur choisi par le tuteur testamentaire prédécédé ; 4° Le grand-père ou l'arrière grand-père paternel de l'impubère ; 5° Le tuteur choisi par ce tuteur ; 7° Le juge ou le tuteur nommé par le juge (Waci Mansoub). Les frères, les oncles et les autres proches parents de l'impubère ne peuvent pas l'autoriser à moins qu'il ne soient ses tuteurs nommés par les ascendants paternels prévus par la loi ou désignés par le juge. »

Article 974 du Madjallat.

Le « Cadi » est, en droit musulman, le tuteur légal de tous les mineurs et les incapables qui n'ont pas de parents. Sa tutelle s'étend sur tous les pupilles domiciliés dans sa circonscription juridictionnelle. La tutelle des mineurs, et la défense de leurs intérêts rentrent dans l'attribution de sa fonction et d'ordre public, il ne peut pas refuser de remplir la charge de la tutelle. Il arrive souvent qu'un grand nombre de mineurs se trouvent soumis à la tutelle du « Cadi », comme il lui est pratiquement difficile de remplir personnellement les charges et les attributions de la tutelle, la loi a prévu cette difficulté en reconnaissant au « Cadi » le droit de se décharger de la fonction de la tutelle, par la nomination d'un mandataire choisi par lui,

qui exercera la tutelle sous sa surveillance et sa responsabilité. Souvent le « Cadi » choisit son délégué parmi les parents de l'enfant, ou au moins il prend leur avis sur le choix de la personne qui va prendre en main la gestion du patrimoine du mineur.

En cas de décès d'un père de famille laissant des enfants mineurs, sans qu'il ait choisi de son vivant un tuteur, et quand il n'y a aucun ascendant, au mineur chargé par la loi de la tutelle, dans ce cas là, la loi a imposé aux autres parents de l'enfant d'avertir le « Cadi » afin de prendre les mesures conservatoires des biens laissés par le défunt, et de nommer un tuteur pour les enfants mineurs de celui-ci.

Depuis la promulgation de la loi ottomane de « 4 Rebi El-Ewel 1324 » préconisant le système de la liquidation judiciaire obligatoire de toutes les successions dont un des héritiers se trouve en état de minorité. Avant de procéder à la liquidation, le conseil de gérance concouramment avec le « Cadi » procèdent à la nomination d'un tuteur aux mineurs qui se trouvent après le décès de leur père sans tuteur testamentaire ou légal, qui représentera et défendra les intérêts des mineurs.

Les règles de la dévolution de la tutelle dans le rite malékite diffèrent de celles du rite hanéfite déjà étudié.

D'après les jurisconsultes malékites, il n'y a que deux sortes de tutelle, la tutelle légale du père et du magistrat et la tutelle testamentaire. La tutelle est dévolue en premier lieu au père de l'enfant, à son décès, la tutelle sera dévolue au tuteur testamentaire choisi par lui, à défaut de celui-ci la tutelle sera transmise de plein droit au « Cadi ».

« Le droit de désigner un tuteur à l'enfant mineur n'appartient qu'au père et après lui au tuteur testamentaire nommé par lui ». (Kalil.- Texte Malékite. Trad. de Seignette, article 2137.)

« Faute de tuteur testamentaire la tutelle est dévolue au magistrat. » (Kalil. - Texte Malékite. Trad. de Seignette article 507.) Les ascendants ne sont pas investis par la loi de la tutelle. Ainsi dans le rite malékite, le « Cadi » l'emporte sur la famille, cependant chez les hanéfites, comme nous l'avons dit, il est exclu par certains parents.

Section B. :

CONDITION D'EXERCICE DE LA TUTELLE

Quoique la loi ait reconnu au père de famille la liberté de nommer de son vivant un tuteur pour ses enfants mineurs, les jurisconsultes ont exigé que le tuteur doit remplir certaines conditions et avoir certaines qualités, pour qu'il puisse exercer la tutelle.

« Le tuteur doit être musulman, majeur, sain
« d'esprit, digne de confiance, libre et un bon père
« de famille. Si le testateur lègue la tutelle à quicon-
« que ne possédant pas ces qualités, le juge peut le
« destituer et le faire remplacer. » Article 443 du
Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Tous les jurisconsultes musulmans admettent que lorsque le tuteur choisi par le père est inapte à remplir la tutelle à cause de sa mauvaise conduite et à cause de sa prodigalité et son inexpérience dans l'administration des biens, le

juge peut le remplacer pour sauvegarder les intérêts du pupille.

La loi ottomane de « Rebi El-Ewel 1324 » sur l'administration des biens des mineurs, a soumis le tuteur au contrôle et à la surveillance du conseil de gérance concurremment avec le « Cadi ». Ceux-ci étant chargés par la loi de défendre tous les mineurs, peuvent retirer la tutelle à tout tuteur, s'ils constatent qu'il est inapte à la remplir. Ainsi l'agrément, la nomination et la destitution du tuteur sont laissés à leur appréciation et à leur autorité. La tutelle peut être remplie par les femmes. Quoique la mère ne soit pas investie par la loi du droit de la tutelle sur ses enfants mineurs. Cependant, rien n'empêche le père de la choisir dans son testament comme tutrice, ou de choisir une autre femmes pour remplir la charge de la tutelle.

« Le père peut déléguer la tutelle à sa femme, à la
« mère de l'enfant, à toute autre femme, ou à l'un
« des héritiers. La mère ou toute autre personne peut
« être constituée conseiller judiciaire pour surveiller
« les actes du tuteur de ses enfants. » Article 411 du
Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Section C. :

CARACTERE DE LA TUTELLE

La tutelle en droit musulman n'est obligatoire qu'à l'égard de certaines personnes, non pour les autres, elle ne sera obligatoire qu'après leur acceptation définitive.

Ainsi, les tuteurs légaux comme le père, le grand-père et le « Cadi » qui sont chargés par la loi de remplir la tutelle, ne peuvent pas la refuser. Car c'est une obligation légale imposée à eux. Quant au tuteur testamentaire, nommé par le père, il peut refuser la tutelle ou renoncer après avoir accepté, à condition que la renonciation ait lieu du vivant du testateur. Aucune renonciation après le décès de celui-ci, n'est admise. Si le tuteur testamentaire n'a pas usé de son droit d'option du vivant du testateur, la loi lui garde le droit de refuser la tutelle ou l'accepter après le décès du testateur.

« Le tuteur qui accepte pendant la vie du testateur la tutelle à lui déférée par celui-ci, ne peut plus après la mort du testateur se dispenser de remplir les devoirs de la tutelle, à moins que le testateur ne lui ait laissé la faculté de se démettre de la charge à tout moment. Le tuteur qui ne s'est pas prononcé avant le décès du testateur peut opter après ce décès. Il peut accepter même après avoir décliné l'offre, à moins que le magistrat ne maintienne son refus. » Article 435 et 438 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Aucune formalité n'est exigée pour l'acceptation ou la renonciation, seulement la loi prévoit que la renonciation soit portée à la connaissance du testateur, si elle a eu lieu de son vivant, ou à la connaissance du « Cadi » après son décès. L'acceptation peut être expresse ou tacite, cette dernière résulte de tout acte d'immixtion de la part du tuteur testamentaire dans le patrimoine du pupille.

La tutelle est une charge personnelle, le tuteur ne peut

pas se décharger en dévoluant la tutelle à un mandataire, il doit la remplir personnellement. La loi n'a reconnu la possibilité de nommer un mandataire qu'au père de l'enfant et au magistrat. Au décès du tuteur, sa tutelle prend fin et ne sera pas passée à ses héritiers. Ce n'est pas un droit transmis aux héritiers.

« La mort du mandataire entraîne également la
« révocation du mandat. Le mandat ne constitue pas
« un droit transmissible par héritage. En d'autres
« termes, la mort du mandataire met fin au mandat.
« L'héritier du mandataire n'est pas substitué à son
« auteur. » Madjallat, article 1528 et 1529.

La tutelle est une charge gratuite, le tuteur ne peut réclamer aucun salaire, à moins qu'il ne soit pauvre et dans le besoin, en pareil cas, on lui accorde une rétribution sur les biens de son pupille à titre d'indemnisation pour les peines et les soins qu'il prend dans la gestion tutilaire.

« Si le tuteur est dans le besoin, il lui est dû un
« salaire égal au salaire coutumier, pour ses peines,
« autrement aucun salaire ne lui est dû. » Article 469
du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Le « Coran » a défendu au père et à tout tuteur, de disposer pour leurs besoins personnels des biens du mineur, il n'a pas reconnu à ceux-là la possibilité d'en disposer à leur profit que lorsqu'ils sont pauvres et nécessiteux et encore dans une certaine mesure.

« Que le tuteur riche s'abstienne de toucher aux biens de ses pupilles. Celui qui est pauvre ne doit en user qu'avec discrétion. » Coran IV-6.

Malek dit :

« Si le tuteur est dans l'aisance, qu'il s'abstienne
« entièrement de ne rien consommer ou employer de
« ces biens ; s'il est pauvre, qu'il en consomme avec
« réserve, dans la mesure qu'il jugera rationnelle et
« à titre de rémunération des soins dont se charge
« un homme de sa position. »

Section D. :

LES ATTRIBUTIONS DE LA TUTELLE

En droit musulman, le tuteur n'a des attributions que sur les biens du mineur, quant à sa personne, c'est aux personnes désignées par la loi de s'en occuper. Par conséquent, la tutelle ne porte que sur la conservation et l'administration du patrimoine du pupille. Le tuteur est chargé de prendre toutes les mesures nécessaires relatives à la conservation et à la fructification des biens de son pupille. Il les administre et les gère en bon père de famille. Il représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, il est le mandataire légal de celui-ci. Tous les actes pris au nom de son pupille engagent le patrimoine de celui-ci, sans qu'il soit lui-même engagé, à condition que ces actes soient passés dans les limites de ses pouvoirs. Les actes du mandataire obligent, en effet, directement le mandant dès l'instant où le mandataire n'est pas sorti du cadre de son mandat, et sans que le mandataire soit lui-même obligé.

« En matière de vente : d'achat, de louage, de
« transaction sur aveu, il n'est point nécessaire pour

« la validité du mandat que le mandataire agisse au
« nom du mandant. Le mandataire peut, lorsqu'il
« s'agit de ces actes, agir et parler en son propre nom.
« Mais dans l'un comme dans l'autre cas, la pro-
« priété est directement acquise au mandant. Lorsque
« le mandataire parle en son propre nom, les effets
« légaux du contrat se réalisent dans sa personne,
« c'est-à-dire dans la personne du contractant. Parle-
« t-il au nom du mandant, les effets légaux du contrat
« se réalisent dans la personne de celui-ci, le manda-
« taire est alors assimilé à un entremetteur. » Mad-
jallat, article 1461.

Le tuteur représente son pupille dans tous les actes de la vie civile. Cependant, il existe certains actes concernant la personne, que le tuteur ne peut pas accomplir, car ces actes, par leur nature, ne peuvent être accomplis par mandat, ainsi le testament, l'aveu et le désaveu de parenté, le mineur seul peut les accomplir, s'il a du discernement. Le mineur pourvu ou non pourvu de discernement peut engager son patrimoine par ses actes délictuels et quasi délictuels ainsi il répondra à tous les dommages causés de son fait aux tiers.

Le législateur musulman n'a pas fait de la faute un élément constitutif de la responsabilité, il a imposé aux mineurs même non pourvus de discernement l'obligation de réparer tout dommage causé aux tiers par son délit et quasi délit, il doit réparation dans tous les cas. Ainsi la loi musulmane s'est inspirée d'une idée d'équité, afin que la victime d'un dommage causé par un mineur ne supporte pas seule les conséquences de ce dommage. Car en droit

musulman, les parents ou les représentants légaux du mineur ne sont pas responsables des dommages causés par celui-ci aux tiers. La responsabilité d'autrui n'est pas connue du législateur musulman, l'enfant seul doit supporter la réparation sur les biens, en cas de non existence d'une fortune personnelle à l'enfant, on attend qu'il en acquière une et on exécute la réparation.

« Le mineur qui détruit la chose d'autrui est
« tenu d'indemniser de ses propres deniers le proprié-
« taire de la chose. S'il n'a pas de fortune, l'on attend
« qu'il en acquière une. Mais on a aucun recours
« contre son tuteur. » Madjallat, article 916.

« Le mineur est civilement responsable des actes
« criminels ou délictueux commis contre les per-
« sonnes ou les biens. Il est immédiatement tenu des
« dommages intérêts. Le majeur en état de démence
« est dans la même condition que le mineur. » Arti-
cle 487 du Code hanéfite en matière de statut per-
sonnel.

Section E. :

L'OUVERTURE DE LA TUTELLE

ET LES OBLIGATIONS DU TUTEUR

Au décès du père de famille la tutelle sera ouverte et le tuteur entre dans sa fonction. Toutefois, le législateur a imposé à celui-ci certaines obligations et charges à remplir avant de se mettre en possession des biens de son pupille. Le tuteur doit à l'ouverture de la tutelle et avant

de se mettre en possession des biens de son pupille, dresser un inventaire fidèle et détaillé de tous les biens dont il va assurer l'administration. Un second inventaire est exigé pour les biens dévolus au mineur pendant la tutelle. L'inventaire présente un double intérêt, d'une part, il fixe exactement l'étendue des ressources dont dispose le mineur, ce qui est nécessaire pour permettre de régler d'une manière convenable son train de vie et son éducation, et, d'autre part, il prévient les détournements, en terminant d'avance les restitutions que le tuteur aura à faire à l'expiration de la tutelle. L'inventaire doit être dressé en présence du « Cadi » et en présence du subrogé tuteur qui lui aurait été adjoint. La loi ottomane du « 4 Rebi El-Ewel 1324 », dans l'article 93 a prescrit que l'inventaire doit être fait par les soins du conseil de gérance des biens des mineurs et sous sa surveillance. D'après cette loi au décès d'un père de famille, s'il laisse des enfants mineurs, on procède obligatoirement et d'office à la liquidation judiciaire de sa succession, afin de sauvegarder et de réaliser la part dévolue à l'héritier qui est mineur. Un fonctionnaire spécial nommé par le conseil de gérance procédera aux opérations de la liquidation et du partage de la succession, en présence et avec le concours de tous les héritiers majeurs et des tuteurs des mineurs. Après l'inventaire on procédera à la vente des biens susceptibles de déperissement et les biens improductifs. La vente doit être faite aux enchères et par les soins du « Cadi ».

La loi sur l'administration des biens des mineurs a chargé le conseil de gérance des biens des mineurs, d'assurer la vente des biens dévolus au mineur, dont l'intérêt

exige qu'ils soient vendus. La vente sera accomplie aux enchères par le soin du conseil de gérance et du « Cadi » et avec le concours des agents spéciaux nommés à ces effets pour accomplir les formalités de la vente, en présence du tuteur de l'enfant. Le prix réalisé par la vente, l'argent liquide, les objets précieux et les valeurs mobilières que le pupille possède à l'ouverture de la tutelle, seront déposés à la Caisse des mineurs, qui est chargée de les conserver et à assurer pour l'argent un bon placement. Le dépôt de l'argent liquide, des valeurs mobilières et d'autres objets précieux n'est obligatoire qu'au cas où ceux-ci dépassent le montant d'une valeur de 1.500 piastres, s'ils représentent une valeur inférieure à ce chiffre et que le mineur ne possède d'autre bien productif, ni une rente quelconque, le dépôt à la caisse des mineurs n'est pas obligatoire, les biens du mineur seront remis au tuteur pour être effectués aux dépenses de l'entretien de l'enfant. Le tuteur sera mis en possession de tous les biens de son pupille, non vendus ni déposés à la caisse des mineurs, pour les administrer et les exploiter. Il est obligé de les gérer en bon père de famille et d'assurer leur fructification. Sa responsabilité sera engagée pour tout dommage causé à son pupille par sa mauvaise administration ou sa négligence.

« Ne touchez pas aux biens de l'orphelin, à moins
« que ce ne soit d'une manière louable pour les faire
« accroître. » Coran, XVII-36.

Le tuteur est obligé de faire tous les actes utiles et nécessaires à la bonne gestion et à la bonne conservation des biens de son pupille, il est obligé de passer tous les actes conservatoires relatifs à ces biens, il doit renouveler

les inscriptions en temps utile, interrompre les prescriptions qui courent au détriment des droits de son pupille, faire les réparations nécessaires pour l'entretien des immeubles, passer des contrats d'assurance contre l'incendie et d'autres risques, et en général, prendre toutes les mesures conservatoires des droits de son pupille.

Section F. :

LA GESTION TUTELAIRE ET LES ACTES DU TUTEUR

Le tuteur a comme mission principale la gestion et la sauvegarde des biens du mineur soumis à sa tutelle, la loi reconnaît une grande liberté d'administration. Il accomplit tous les actes relatifs à la bonne gestion du patrimoine. Cependant, la loi a exigé pour l'accomplissement de certains de ces actes l'autorisation et la collaboration du conseil de gérance et du « Cadi ».

Les actes que le tuteur peut accomplir seul

Le tuteur peut accomplir tous les actes de pure administration, il est chargé par la loi d'administrer. Il peut accomplir tous les actes d'administration qui améliorent la situation de son pupille, il veille à la conservation du patrimoine de celui-ci, il assure leur amélioration et leur fructification, il répond de tout dommage causé par sa négligence et sa mauvaise administration .

Les pouvoirs du tuteurs relativement aux actes qui rentrent dans son administration :

Vente et aliénation

Le tuteur peut aliéner tous les meubles de son pupille quelle que soit leur nature, et qui sont périssables ou destinés à être vendus, comme les produits des récoltes ; il fait l'achat des semences et outils pour la culture.

Louage

Le tuteur peut passer tous les contrats de bail des biens dont la gestion lui est confiée. Depuis la promulgation de la loi de « Rebi El-Awel, 1324 », sur l'administration des biens des mineurs, le louage des immeubles des mineurs ne peut être consenti et accompli que par les soins et avec la collaboration de l'établissement de gérance des biens des orphelins. Selon l'article 48 de cette loi, tous les baux des immeubles des mineurs doivent être passés par des actes notariés et ne dépassant pas la durée de dix ans ou quinze ans, suivant qu'il s'agit des baux ruraux ou urbains.

Le tuteur peut intenter au nom de son pupille les actions mobilières et les actions possessoires immobilières. Il poursuit en justice le recouvrement de toutes les créances de son pupille à leur échéance. Il perçoit tous les revenus et les créances de celui-ci et en donne quittance. Sur ces revenus, le tuteur prélève les sommes nécessaires à l'entretien et à l'éducation du pupille, et l'excédent sera versé à la caisse des mineurs. Le tuteur est obligé d'effectuer ce versement avant six mois, passé ce délai, il sera tenu de tous les intérêts des sommes non versées à la caisse des

mineurs. Le tuteur ne peut retenir sur ces revenus aucune somme pour ses dépenses personnelles, car la tutelle, comme nous l'avons dit, est une charge gratuite.

Quant au montant des sommes nécessaires à l'entretien du pupille, c'est au conseil de gérance qu'incombe la fixation du montant des dépenses de l'entretien, en prenant en considération la fortune de l'enfant et son train de vie. Le tuteur effectuera ces dépenses sur les revenus touchés par lui ou sur l'argent déposé à la caisse des mineurs.

Opérations commerciales

Le tuteur testamentaire et le tuteur nommé par le « Cadi » et autorisé spécialement par lui, ont le droit de faire le commerce avec l'argent du mineur et pour le compte de ce dernier, en vue de faire fructifier son patrimoine, il peut les engager dans une entreprise commerciale en commandite, mais il est obligé d'y procéder avec sagesse et prudence. Depuis la création de la Caisse des mineurs, le tuteur est tenu, comme nous l'avons dit, à verser dans cette caisse tous les excédents de revenus de son pupille, et c'est à cette caisse qu'il incombe d'assurer la fructification et les placements de tous les capitaux des mineurs.

Constitution de gage

Le tuteur peut donner en nantissement un meuble appartenant à son pupille en garantie d'une dette de ce dernier, il peut accepter du débiteur du mineur un gage garantissant la dette. La caisse des mineurs ne peut consen-

tir à faire des avances au public avec l'argent des mineurs que sur des garanties réelles mobilières ou immobilières.

*Les actes que le tuteur ne peut accomplir
qu'avec l'autorisation du Conseil de gérance*

Tous les actes d'aliénation immobilière ne peuvent être accomplis qu'avec l'autorisation et par les soins du Conseil de gérance et du « Cadi ». L'autorisation ne peut être donnée qu'en cas de nécessité absolue ou d'un avantage évident.

1. Pour acquitter les dettes du mineur.
2. Dans le cas où les besoins du mineur rendent l'aliénation nécessaire, mais elle ne peut porter que sur la partie des biens qu'il est strictement indispensable de vendre.
3. Lorsque les revenus de l'immeuble n'atteignent pas 3 % de sa valeur réelle.
4. Si l'immeuble menace ruine ou qu'il y ait danger de destruction.
5. Lorsque les frais d'entretien et les impôts dépassent les revenus de l'immeuble.
6. En cas d'existence d'un avantage évident pour le mineur résultant de l'aliénation de son immeuble, l'avantage doit consister en un prix double au moins de la valeur réelle. Dans tous ces cas l'aliénation ne peut être consen-

tie par le tuteur qu'avec l'autorisation du Conseil de gérance. La vente doit être faite aux enchères et avec la collaboration du « Cadi » ou autre représentant du Conseil de gérance et sous la surveillance de ce dernier.

L'article 11 de la loi du « 4 Rebi El-Awl 1324 » sur l'administration des biens des orphelins, prévoit que l'immeuble doit être mis en adjudication à plusieurs reprises, et à des époques différentes et après avoir fait plusieurs annonces par voie d'affichage et de presse, après l'expiration de trois mois une fois que l'immeuble a atteint le prix normal et qu'il n'existe plus d'autre amateur d'enchères nouvelles, dans ce cas, le « Cadi » peut prononcer l'adjudication au profit du dernier enchérisseur. Cette adjudication ne sera définitive que si dans les huit jours qui suivent aucune surenchère ne soit survenue. Une fois que l'adjudication est devenue définitive, le « Cadi » dressera un procès-verbal d'adjudication qui constatera : que les formalités prescrites par la loi ont été accomplies, que la publicité de la vente a été effectuée par la presse et l'affichage, que la mise en vente successive de l'immeuble a duré trois mois, qu'il ne se trouve plus d'amateurs nouveaux et que l'immeuble a atteint le prix le plus élevé s'accordant avec le prix coutumier. Toutes ces énonciations sont exigées sous peine de nullité de la vente et de responsabilité du « Cadi ».

La vente doit être au comptant, le prix obtenu sera versé au « Cadi » ou au Directeur des Orphelins. Si les besoins du mineur n'absorbent pas tous le prix de la vente, on peut avec l'excédent acquérir un autre immeuble. Le remploi ne peut être fait par le tuteur qu'avec l'autorisa-

tion et l'aide du Conseil de gérance et du « Cadi ». Car il est possible que les intérêts du pupille, soient gravement compromis par un mauvais emploi, comme par une aliénation désavantageuse.

ACTES INTERDITS AUX TUTEURS

En règle générale, le tuteur ne peut passer aucun acte de nature à appauvrir son pupille, en second lieu, le tuteur ne peut accomplir aucun acte au nom de son pupille, acte où ses intérêts personnels seraient en opposition avec ceux de son pupille. Tout acte de disposition à titre gratuit des biens du mineur est interdit au tuteur, car ces actes ont comme conséquence d'appauvrir le mineur, sans qu'il reçoive une contre-partie. Les donations directes ou indirectes sont interdites au tuteur. Toutefois, les jurisconsultes musulmans permettent au tuteur de disposer des sommes modiques ou d'objets de minime valeur au profit des pauvres.

Le tuteur ne peut faire aucune remise de créance appartenant à son pupille, car cela constitue une véritable aliénation gratuite.

« Il n'appartient pas au tuteur de libérer le débiteur d'une créance due au mineur, ni d'accorder un terme au débiteur, à moins que la dette ne soit contractée par lui-même, si l'acte est contracté par le tuteur lui-même, il peut, sous sa responsabilité, faire remise ou accorder un terme au débiteur, même de le libérer. » Article 462 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Le tuteur ne peut pas prêter les biens de son pupille,

ni les donner en nantissement pour garantir une dette personnelle.

« Le tuteur ne peut employer les biens du mineur au paiement de ses propres dettes, ou emprunter lui-même à ce dernier. Il ne peut non plus donner ses biens en nantissement au profit du mineur, ni prendre à son propre profit, à titre de nantissement les biens de ce dernier, mais il peut les donner en nantissement pour garantir une dette du mineur ou du défunt ou sa propre dette, de même qu'il peut accepter un nantissement ou une caution pour garantir une créance du mineur ou du défunt. » Article 463 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Le tuteur ne peut reconnaître aucune dette contre son pupille, ni faire aucun paiement de dette non justifiée, ou non reconnue par le défunt ou par la justice.

« Le tuteur qui paye une dette du défunt non appuyée par témoins fournis par le réclamant, ni constatée par un jugement ou reconnue par les héritiers, est responsable d'un tel paiement, s'il n'a pas lui-même une preuve constatant la dette, et si les héritiers jurent qu'ils n'avaient aucune connaissance de la dette. » Article 468 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Toutefois, lorsque l'acte qui mettait en opposition les intérêts du tuteur et ceux du pupille ne peut être évité, tel que le partage d'une succession à laquelle ils seraient, l'un et l'autre appelés, il sera désigné par le « Cadi » à la requête du tuteur, de toute personne intéressée, ou même d'office, un tuteur spécial (ad hoc) à l'effet de représenter le mineur à l'acte.

Le tuteur ne peut acheter aucun bien appartenant au

mineur, ni vendre à celui-ci aucun de ses propres biens, à moins que le tuteur ne soit le père de l'enfant ou le tuteur choisi par lui.

« Le tuteur choisi par le père peut vendre son propre bien au mineur et acheter pour son propre compte le bien de ce dernier, pourvu qu'il y ait dans l'opération un avantage réel au profit du mineur. L'avantage est représenté, s'il s'agit d'immeuble, par le double de la valeur si le tuteur achète, et de la moitié de valeur en moins, s'il vend au mineur. S'il s'agit de meubles, l'avantage est représenté par la moitié de la valeur en sus, s'il achète, et le tiers en moins, s'il vend au mineur. Le tuteur nommé par le magistrat ne peut acheter aucun bien appartenant au mineur, ni vendre à celui-ci aucun de ses propres biens. » Article 459 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Sections G. :

LES POUVOIRS DU PERE

SUR LES BIENS DE SES ENFANTS MINEURS

Quoique le père soit considéré comme tuteur de ses enfants mineurs, et soumis au régime de la tutelle en ce qui concerne sa puissance relative aux biens de ses enfants. Le législateur lui reconnaît toutefois une liberté d'administration et d'aliénation plus étendue qu'à un autre tuteur, il n'est pas soumis à toutes les règles restrictives de la gestion tutélaire.

Le père a une grande liberté d'administration, il peut

faire tous les actes nécessaires, relatifs à la conservation et à la fructification des biens de ses enfants mineurs ; il peut louer leurs immeubles à long terme ; il peut faire le commerce avec les biens de ses enfants, et placer leur argent dans n'importe quelles entreprises ou sociétés commerciales. Le père possède une grande liberté d'aliénation des meubles et d'immeubles de ses enfants mineurs, sans aucun motif, ni aucune formalité à remplir, à condition qu'il soit un bon administrateur, la loi lui enlève la liberté d'aliéner les immeubles de ses enfants sous réserve des cas de nécessité absolue ou d'aliénation très avantageuse au profit du mineur, et reconnus par le « Cadi ».

« Le père honorable, jouissant d'une bonne réputation ou d'une conduite irréprochable, et capable de conserver les biens, peut disposer des biens de ses enfants mineurs, ou majeurs, assimilés à ces derniers, ou employer honnêtement les dits biens dans le commerce, il peut les donner à titre de mise de fonds dans une Société Commanditaire, ou les livrer en marchandises en vue de les faire fructifier. Dans l'un ou l'autre cas, il peut confier ses pouvoirs à un mandataire ; le père peut également louer la personne de son enfant mâle, ainsi que les biens meubles et immeubles, les terres, les bestiaux et, en général, tous biens appartenant à ses enfants soumis à sa puissance. » Article 432 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

« Est valable et ne peut être rescindée par l'enfant devenu majeur toute vente, consentie par le père, d'un bien meuble ou immeuble de l'enfant, ou toute location de ses biens ou tout achat fait à son profit, à la valeur réelle ou avec une lésion légère.

La vente ou la location d'un bien de l'enfant consentie par le père avec lésion grave est frappée d'une nullité absolue. Elle ne peut, par conséquent, être ratifiée par l'enfant à sa majorité. Tout achat passé par le père pour le compte de son fils avec une lésion grave n'oblige que le père. L'enfant devenu majeur peut annuler, avant l'expiration du terme, la location valablement faite de sa personne par son père, s'il ne désire plus maintenir la location. Il ne peut au contraire faire annuler, avant l'expiration du terme, la location faite de ses biens, par son père ». Article 422 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

« Le père, mauvais administrateur, ne peut vendre les biens immeubles de ses enfants mineurs ou de ses enfants majeurs assimilés aux mineurs, à moins que la vente ne soit consentie au double de la valeur. Autrement, l'enfant pourrait à sa majorité, faire annuler la vente. » Article 424 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Le père peut acheter les biens de ses enfants ou leur vendre les siens. En cas d'achat, le « Cadi » nommera un tuteur « ad hoc » qui touchera le prix de la vente, et le versera de nouveau au père qui le conservera au nom de son enfant.

« Le père peut valablement acheter pour son compte les biens de ses enfants ou vendre à ces derniers ses propres biens. S'il achète leurs biens, il ne peut être libéré du prix que par le paiement effectif entre les mains d'un tuteur judiciaire, lequel restituera le même prix au père pour le conserver au nom du mineur. Si le père vend son propre bien à son enfant, il ne sera pas présumé avoir pris posses-

sion pour le mineur par le seul fait de l'acte. La perte du bien vendu arrivée avant la tradition réelle, est à la charge du père et non de l'enfant. » Article 426 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

« Le père peut donner son bien en nantissement au profit de son enfant, et prendre en nantissement à son propre profit le bien de ce dernier. Si le bien donné en nantissement pour garantir la dette du père périt, celui-ci sera responsable de la valeur jusqu'à concurrence de la dette garantie et non du surplus, lorsque la valeur du bien est supérieur à celle de la dette. » Article 427 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Le « Cadi » a le contrôle et la surveillance sur la gestion tutélaire du père, comme sur tous les autres tuteurs, s'il trouve que le père ne présente plus les garanties nécessaires pour conserver les biens de son enfant, à cause de sa prodigalité et sa mauvaise administration, dans ce cas-là, il peut lui enlever la tutelle de ses enfants et le remplacer par un autre tuteur qui prendra en main l'administration et la gestion du patrimoine de l'enfant.

« Si le père est prodigue des biens de ses enfants mineurs et incapable de les conserver, le magistrat pourra nommer aux mineurs un tuteur, à qui devront être confiés tous les biens de ces derniers. » Article 425 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Section H. :

PLURALITE DES TUTEURS

Le père de famille peut nommer dans son testament

un ou plusieurs tuteurs pour ses enfants. Nous allons voir comment ces tuteurs institués par le père de famille, agiront collectivement ou séparément. En règle générale, lorsqu'il y a pluralité de tuteurs, l'administration est toujours collective, en cas de désaccord entre eux, ils en réfèrent au « Cadi ». La loi a prévu l'existence d'une solidarité entre les tuteurs. Ceux-ci sont tous responsables de la gestion tutélaire et de tout acte, qu'il soit accompli par un ou par tous les cotuteurs. Ainsi, lorsque deux personnes désignées pour remplir la tutelle d'un mineur, par le père de famille, ils sont censés être nommés pour collaborer, ils ne peuvent agir séparément, ou partager entre eux les attributions de la tutelle. Cependant, le législateur leur reconnaît exceptionnellement le droit d'agir séparément dans deux cas :

- 1° Pour l'accomplissement d'une catégorie d'actes de pure administration ;
- 2° Quand le père de famille a autorisé les tuteurs expressément dans son testament d'agir séparément.

« Si le défunt ou même un magistrat nomme deux tuteurs, aucun d'eux ne peut agir dans l'accomplissement des actes suivants :

- 1° Enterrement du défunt ;
- 2° Exercice d'une action en justice au nom du défunt, pour défendre ses droits ;
- 3° Réclamation des créances dues au défunt, mais sans en donner quittance, et paiement de celles dues par lui en espèce ;

- 4° Exécution d'une disposition de dernière volonté au profit d'une personne déterminée ;
- 5° Achat de ce que le mineur a besoin ;
- 6° Acceptation d'une donation au profit du mineur ;
- 7° Emploi du mineur dans un travail ;
- 8° Location des biens du mineur ;
- 9° Restitution des prêts des corps certains en dépôt ;
- 10° Restitution des choses usurpées par le défunt et de celles achetées par lui et dont l'achat se trouve entaché de nullité ;
- 11° Partage avec tout copropriétaire du défunt des choses fongibles ;
- 12° Vente de tout objet à détérioration ;
- 13° Recouvrement des droits ou des biens épars.

La volonté du testateur doit être respectée, soit qu'elle ait permis aux tuteurs d'agir séparément, ou qu'elle leur ait prescrit d'agir collectivement. » Article 447 du Code égyptien en matière de statut personnel. Le père, s'il peut autoriser les tuteurs d'agir séparément, ne peut attribuer à chacun une catégorie d'actes. Chaque tuteur peut accomplir tous les actes concernant la gestion du patrimoine du mineur.

« La tutelle déléguée par le testateur ne peut être restreinte à des actes spécifiés, même restreinte la tutelle devient générale, il en est de même si le défunt a chargé une personne de payer ses dettes, et une autre de recouvrer ses créances, l'un et l'autre deviennent tuteurs généraux. » Article 440 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

SANCTIONS

Nous venons de voir précédemment les différentes réglementations de la gestion titulaire, les actes des tuteurs, et les formalités exigées pour l'accomplissement de ces actes, l'étendue du pouvoir du tuteur sur le patrimoine de son pupille, nous allons étudier maintenant quelles sont les sanctions édictées par la loi, lorsque le tuteur omet ces différentes restrictions et limitations à la gestion titulaire d'une part et d'autre part nous examinerons les effets des actes accomplis par le pupille durant sa minorité.

La loi a prévu deux sortes de sanctions, la nullité de l'acte accompli par le tuteur en dépassant sa compétence ou sans avoir rempli les formalités nécessaires d'une part, et, d'autre part, sa responsabilité pécuniaire à l'égard de son pupille pour le dommage causé à celui-ci. Toutefois, si les irrégularités sont très graves et de nature à mettre le patrimoine du pupille en danger, le « Cadi » peut enlever l'administration des biens au tuteur en le destituant et il le remplace par un autre tuteur.

« Les actes accomplis par le tuteur dans les limites de ses pouvoirs et selon les prescriptions de la loi sont pleinement valables et ne peuvent être attaqués, même pour cause de lésion. Les actes passés par le tuteur, et qui

mettent en opposition les intérêts du pupille avec les siens ne sont nuls que s'il résulte pour le pupille une lésion.

Les actes accomplis par le tuteur, sans observer les formalités nécessaires prescrites par la loi à leur accomplissement, seront frappés d'une nullité relative. ». Article 45 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Tous les actes passés par le tuteur et qui rentrent dans les catégories des actes interdits au tuteur, sont frappés d'une nullité absolue. Ceux-ci ne sont susceptibles d'aucune ratification et ne peuvent être validés.

Les actes du mineur et leur effet juridique

Nous avons vu que l'enfant, durant sa minorité, est en état d'interdiction et frappé d'une incapacité juridique, il est représenté par son tuteur dans tous les actes de la vie civile. Supposons que tel mineur passe un acte tout seul et sans le concours et l'autorisation de son tuteur, dans un pareil cas, quels seront les effets juridiques de ces actes ?

Les jurisconsultes musulmans ne sont pas d'accord sur les effets juridiques de l'acte passé par le mineur. Dans le rite Malékite on ne reconnaît aucun effet juridique pour l'acte de mineur passé sans l'autorisation de son tuteur, il est frappé d'une nullité absolue, cette nullité peut être demandée par le tuteur, même dans le cas où l'acte est avantageux au pupille.

Les docteurs hanéfites ont admis que dans certaine mesure, que l'acte passé par le mineur sans l'autorisation de son tuteur peut être valable et produit des effets juridi-

ques, ces doctrines ont divisé les actes du mineur en trois catégories :

- 1° Actes purement avantageux pour le mineur. Ceux-ci sont pleinement valables, et le mineur peut les accomplir sans l'autorisation de son tuteur ;
- 2° Actes à caractère aléatoires : leur validité est subordonnée à la ratification de son tuteur ;
- 3° Actes purement préjudiciables au mineur. Ceux-ci sont frappés d'une nullité absolue et ne peuvent être ratifiés.

« Les obligations contractées par un impubère capable de discernement sont valables, même si l'impubère n'a pas été autorisé par son tuteur, pourvu que ces actes rendent purement et simplement meilleure la condition de l'impubère. Serait donc valable l'acceptation d'une donation ou d'un présent.

Les actes qui rendent pire la condition de l'impubère sont nuls, même s'ils ont été faits avec l'autorisation du tuteur, par exemple une donation faite par un impubère est entachée de nullité. La validité des actes qui peuvent, suivant les cas, profiter à l'impubère ou lui nuire, est subordonnée au consentement du tuteur. Celui-ci est libre de donner ou de refuser son consentement dans le cas contraire. Par exemple, si un impubère capable de discernement vend un bien, même à un prix supérieur à sa valeur, la validité de la vente dépendra de l'autorisation de son tuteur ; car la vente est un de ces actes qui, par essence, peuvent tantôt diminuer et tantôt augmenter le patrimoine de l'impubère. » *Madjallat*, article 967.

« Sont nuls tous les actes civils du mineur, qui n'a pas atteint l'âge de raison, ou de l'aliéné, qui n'a pas

d'intervalles lucides. Sont, au contraire, valables les actes civils, faits par un aliéné pendant ses intervalles lucides. » Article 488 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

Les actes civils faits par un mineur à l'âge de raison, ou par un majeur atteint de démence, sont radicalement nuls, s'ils sont préjudiciables au mineur ou à l'aliéné, même approuvés par le tuteur naturel ou constitué.

« Sont valables les actes faits par ledit mineur à l'âge de raison ou par l'aliéné, s'ils sont purement profitables à ces derniers et même s'ils ne sont pas approuvés par le tuteur. » Article 485 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

« Les actes civils faits par un mineur à l'âge de raison ou par un majeur en état de démence, pouvant leur être profitables ou préjudiciables, sont subordonnés à la ratification du tuteur, pourvu que l'acte puisse être validé par cette ratification. A défaut de ratification par le tuteur, ou s'il s'agit d'un acte qui ne peut être validé par la ratification, l'acte sera frappé de nullité radicale. » Article 486 du même Code.

L'action en nullité ne peut être exercée que par le tuteur ou le mineur à sa majorité. Les autres parents du mineur ne peuvent pas exercer cette action. La loi leur a reconnu, de signaler au « Cadi » les irrégularités et les négligences commises par le tuteur, afin que le magistrat prenne les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts du mineur.

Section J. :

CONTROLE DE LA GESTION DU TUTEUR

Il ne suffit pas d'édicter les droits et les devoirs du tuteur à l'égard de son pupille, il faut prendre les mesures préventives et répressives pour que ces droits et ces devoirs soient observés. Il faut réprimer tout abus et tout manque aux prescriptions légales relatives à la gestion tutélaire.

Dans les pays qui ont adopté le système de la tutelle de l'Etat ou l'intervention de celle-ci relativement à la protection des mineurs et des incapables, l'autorité sociale par l'intermédiaire de ses fonctionnaires ou ses collègues de fonctionnaires, assure l'exercice et le contrôle de la tutelle et la protection des mineurs. Ainsi, les droits de ces derniers se trouvent sauvegardés et assurés par la garantie et le soin de l'Etat.

Le législateur musulman a adopté le système de la tutelle de l'Etat sur tous les mineurs et les incapables. Ceux-ci étaient l'objet d'une grande sollicitude de la part du Fondateur de l'Islam comme nous l'avons déjà vu, et la protection des faibles et des incapables était sa première préoccupation. Si les parents sous la législation Coranique ont conservé l'exercice de la tutelle sur leurs enfants, ils ne pouvaient l'exercer que sous le contrôle et la surveillance du « Cadi ». Celui-ci est chargé par la loi de protéger tous les mineurs et les incapables. Il est institué comme représentant légal et défenseur de ceux-ci.

A défaut des parents proches au mineur, la tutelle est de plein droit dévolue au « Cadi », qui l'exercera personnellement ou par l'intermédiaire d'un mandataire. Ainsi le « Cadi » en pays musulman joue un rôle prépondérant en ce qui concerne la protection des mineurs.

Tous les tuteurs sans distinction de leur qualité sont obligés de rendre compte de leur gestion au « Cadi ». S'il paraît à celui-ci que le tuteur est inapte à remplir la tutelle, il peut le destituer ou lui adjoindre un subrogé tuteur.

Le législateur ottoman a institué à côté du « Cadi » un collège de fonctionnaires nommé Conseil de gérance des biens des orphelins chargé de contrôler et de surveiller la gestion des tuteurs et d'assurer la protection des mineurs.

« Aux chefs-lieux du « Vilayat » (province) du « Liwa » (Préfecture) et du « Guaza » (sous-préfecture), il sera institué, sous la présidence du « Cadi », des Conseils de gérance des biens des orphelins, qui veilleront à la protection et à la conservation des biens meubles et immeubles des orphelins et en assureront la bonne et fructueuse gestion. Ces conseils seront composés de deux membres permanents choisis parmi les conseillers municipaux, et du « Defterdar » (chef de la comptabilité dans le Vilayet), du « Mouhassebji » (chef de la comptabilité dans le Liwa), du « Moudir mal » (chef de la comptabilité dans le Guaza), du « Mufti » et de l'administrateur des biens des orphelins, qui en sont membres de plein droit », loi ottomane du 4 « Rebi El-Ewel, 1324 », article 90.

Le Conseil de gérance peut exiger de chaque tuteur de fournir une caution quand il lui semble utile, il en est de même pour les « Moudirs » qui sont chargés de la tutelle des enfants sans parents et sans tuteurs.

« Les « Moudirs » (administrateur des biens des orphelins), doivent fournir une caution solvable. L'acte de cautionnement sera transcrit sur les registres des tribunaux, « Chériés », il sera envoyé au « Cheik-El-Islam » et conservé aux archives du Conseil des biens des orphelins de Constantinople » loi ottomane du 4 « Rebi El-Ewel, 1324 », article 89.

« Le tuteur légal et le tuteur testamentaire ne peuvent être destitués que pour mauvaise conduite ou incapacité. En dehors de ces cas on ne peut pas leur enlever la tutelle.

« Le tuteur choisi par le testateur ne peut être destitué par le magistrat, s'il est honorable et en état de remplir les devoirs de la tutelle. S'il n'est pas en état d'en remplir les devoirs, le juge lui adjoindra un Cotuteur, s'il apparaît au magistrat que le tuteur est hors d'état de remplir les devoirs de la tutelle, il le fait remplacer. Si le tuteur remplacé recouvre par la suite sa capacité, le magistrat lui rendra sa qualité de tuteur.

Le tuteur n'est pas destituable sur une simple plainte d'un ou de plusieurs héritiers. Il est destitué en cas d'abus de confiance constaté. » Article 445 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

« Si le père prodigue les biens de ses enfants mineurs et incapable de les conserver, le magistrat pourra nommer aux mineurs un tuteur, à qui devront être confiés tous

les biens de ces derniers. » Article 425 du même Code.

Depuis la création du Conseil de gérance des biens des mineurs, les tuteurs sont soumis au contrôle et à la surveillance de ce conseil. Ils sont obligés de lui rendre compte de leur gestion tutélaire.

Le père, en principe, n'est pas tenu de rendre compte de sa gestion au Conseil, mais toutefois le « Cadi » peut l'obliger à donner des explications et des justifications au Conseil, s'il lui semble utile à l'intérêt de l'enfant, en sa qualité de représentant et défenseur de tous les incapables.

Section K. :

FIN DE LA TUTELLE ET REDDITION DES COMPTES

La tutelle prend fin par le décès du mineur, sa majorité, et son émancipation. La mort du tuteur ou sa déchéance de la tutelle ne comporte pas cassation de la tutelle, mais comporte changement de la personne du tuteur. Par conséquent, ce changement n'apporte aucune modification dans la condition juridique du mineur.

Le tuteur est tenu de rendre un compte définitif de sa gestion à la fin de la tutelle, outre que les comptes périodiques qui sont présentés durant la gestion tutélaire au « Cadi » et au Conseil de gérance.

Le compte du tuteur, comme chaque mandataire et administrateur des biens d'autrui, doit être fidèle et général. Cette obligation incombe à tous les tuteurs sans dis-

tion, ceux qui sont investis de la tutelle par la loi et ceux qui sont nommés par le Conseil de gérance. Ainsi, le père est tenu de rendre compte de la gestion des biens de ses enfants mineurs.

Le « Coran » a imposé cette obligation à tous les tuteurs.

« Ne touchez point aux biens de l'orphelin, à moins que ce ne soit d'une manière louable, pour les faire accroître, jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge fixé. Remplissez vos engagements, car pour les engagements, on en demandera compte. »... Coran XVIII, 36.

En règle générale, d'après le droit musulman, le tuteur n'est pas tenu, comme en droit français, de fournir un compte détaillé tout ce que la loi a prévu, c'est que le compte soit général et fidèle. Les jurisconsultes musulmans, n'ont pas assimilé le tuteur à un proposé, l'intérêt du mineur commande de poser la confiance dans la personne du tuteur, quand ce dernier est honorable et de bonne conduite. Cependant, si le tuteur est de conduite suspecte et s'il se révèle incapable d'administrer sans préjudice les biens du mineur, le magistrat pourrait l'obliger à rendre un compte détaillé durant la tutelle, et à la fin de celle-ci.

« Les mineurs devenus majeurs peuvent demander au tuteur un compte de sa gestion, ils supportent les frais judiciaires de la reddition du compte. Le tuteur ne peut être contraint à donner les détails des dépenses qu'il a faites pendant sa gestion, son affirmation soutenue par le serment fait foi, si son honorabilité n'est pas suspecte.

Dans le cas contraire, il sera contraint à donner les détails de ses dépenses. Son serment fera foi tant que ses affirmations légales de tuteur, ne seront pas démenties par l'évidence des faits. » Article 470 du Code hanéfite égyptien en matière de statut personnel.

« Le serment du tuteur fait foi en ce qui concerne tous les actes qui rentrent dans les attributions légales de tutelle. Le serment du tuteur ne fait pas foi en ce qui concerne les actes qui ne rentrent pas dans ses attributions légales, il doit prouver ses dires par témoins. » Article 472 et 473 du même Code.

La déclaration du tuteur est repoussée lorsqu'elle se trouve démentie par l'évidence des faits. » Article 740 du même Code.

« La déclaration du tuteur fait foi en ce qui concerne les dépenses qu'il a faites pour le mineur ou pour le défunt, sauf dans certains cas, entre autres, s'il prétend avoir payé sans jugement une dette à la charge du défunt ou l'avoir payée de ses propres deniers ; s'il prétend que le mineur a endommagé pendant son enfance un bien d'autrui, et qu'il a indemnisé le propriétaire de ce bien de ses propres deniers ou avec les deniers de son pupille ; ou qu'il a fait des dépenses d'entretien d'une personne connue, avec laquelle le mineur ne peut contracter mariage ; ou qu'il prétend avoir acquitté les impôts des terres du mineur à une époque impropre à la culture ; ou que le mineur autorisé à faire le commerce a contracté des dettes que le tuteur prétend avoir payées, ou qu'il l'a marié à une femme déterminée, et actuellement décédée

et payé la dot à cette femme de ses propres deniers ; ou qu'il a fait le commerce avec les deniers du mineur et réalisé des bénéfices dont il revendiquera une part sous prétexte d'associé commanditaire. Dans tous les cas, si le mineur devenu majeur, conteste les affirmations du tuteur, celui-ci sera responsable de ses actes, à moins qu'il ne prouve ses prétentions par témoins. » Article 475 du même Code.

« La déclaration du père appuyée par son serment, fait foi contre la demande en reddition des biens faite par l'enfant à sa majorité. Si le père affirme que ces biens ont péri ou qu'il les a employés aux frais d'entretien coutumier de l'enfant mineur pendant un laps de temps qui admet cet emploi. » Article 432 du même Code.

Le compte sera rendu au mineur à sa majorité, lorsque la tutelle prend fin par la majorité, ou à ses héritiers quand la tutelle prend fin par son décès, ou au nouveau tuteur quand la tutelle cesse par le changement de la personne du tuteur. Dans le compte, il doit faire figurer tous les revenus touchés par le tuteur durant sa gestion au nom de son pupille, d'une part, et, d'autre part, toutes les dépenses faites par le tuteur relativement à l'administration et à la conservation des biens et à l'entretien du mineur. Pour ceux-ci le tuteur n'est pas obligé de présenter un compte détaillé, il est cru sur son affirmation, à condition qu'il soit d'une bonne réputation et que les dépenses ne soient exagérées et démenties par l'état de fait. Le père et le tuteur légal, seuls sont crus sur parole, les autres doivent justifier leur compte.

Le mineur reprend ses biens s'ils se trouvent en nature et leur valeur s'ils étaient aliénés par le tuteur. Pour les créances le mineur reçoit une délégation. Toutefois, si le tuteur meurt sans désigner les biens de son pupille, celui-ci risque de ne pouvoir les recouvrir par le fait de leur confusion avec la succession du tuteur, à moins qu'il y ait un inventaire.

« Si le tuteur meurt sans désigner les biens de son pupille, sa succession n'est pas tenue. Dans les cas contraires, le pupille à sa majorité aura le droit de réclamer ses biens, s'ils existent en nature, ou de se faire payer la valeur par la succession du tuteur, s'ils ont été consommés. » Article 471 du même Code.

« Le père qui est décédé sans désigner les biens de son enfant, n'est point responsable. Dans le cas où le père aura désigné avant sa mort les biens de son enfant, celui-ci pourra, à la majorité, lui ou son tuteur les réclamer, s'ils existent en nature, ou leur valeur, s'ils n'existent plus. » Article 431 du même Code.

Le tuteur ne doit remettre les biens au mineur devenu majeur, qu'après l'avoir mis à l'épreuve pour reconnaître son expérience dans l'administration et la bonne disposition des biens, s'il constate qu'il est apte à en disposer raisonnablement, il les lui rend.

Depuis la création du Conseil de gérance des biens des orphelins, le compte rendu par le tuteur ou ses héritiers doit être soumis à l'examen de ce Conseil. Les frais de la reddition du compte sont toujours à la charge du

mineur. Lorsque le tuteur a une créance contre son pupille, et quelle que soit l'origine de cette créance, le tuteur à la fin de la tutelle n'a pas le droit de retention sur les biens du mineur. Il est obligé de rendre tous les biens qui se trouvent entre ses mains à la cession de ses fonctions.

« Vous ne retiendrez pas le bien des orphelins. »
Coran IV, 2.

« Ne substituez pas le mauvais de vos biens au bon qui leur appartient, ne consommez pas leur héritage en le confondant avec le vôtre. » Coran IV, 2.

Le tuteur, en remettant au mineur ses biens à la fin de la tutelle, doit constater cette remise par une décharge émanant de celui-ci, s'il néglige de demander décharge des biens qu'il remet, plus tard, il ne sera plus cru sur son affirmation, c'est au contraire, à celui qui revendique qui est cru en sa déclaration sous serment.

« La parole du pupille fait foi lorsqu'il réclame la restitution de ses biens et que le tuteur prétend les lui avoir remis. » (Sidi Khalil. Texte malékite.)

Le Coran a prescrit que le tuteur en remettant à son pupille ses biens doit constater cette remise par témoin.

« Quand vous leur remettez leurs biens, demandez la présence de témoins. Dieu suffira à vous tenir compte de vos actions. » Coran IV, 7.

CHAPITRE III

LA LOI OTTOMANE DE 4 « REBI EL-EWEL 1324 » SUR L'ADMINISTRATION DES BIENS DES ORPHELINS

Section A. :

LA LIQUIDATION JUDICIAIRE DE LA SUCCESSION DEVOLUE AU MINEUR

La loi de 4 « Rebi El Ewel 1324 » a établi la liquidation judiciaire obligatoire dans le cas où il y a un mineur parmi les héritiers. Cette liquidation doit être faite avec le concours d'une autorité publique, afin de sauvegarder les intérêts de l'héritier mineur. Des agents spéciaux seront nommés par le tribunal « Chérié » ou par le Conseil de gérance des biens des orphelins pour procéder aux opérations de la liquidation et du partage de la succession.

« La liquidation successorale judiciaire est obligatoire dans les cas suivants :

- 1° Si l'un des héritiers a moins de quinze ans ;
- 2° En cas d'absence d'un des héritiers ;
- 3° Quand la succession est insolvable ;

4° Quand un des héritiers demande la liquidation judiciaire. » Article 2 de la loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324 ».

Cette liquidation est de la compétence du tribunal « Chérié » du domicile ou de la dernière résidence du défunt. Article 1 de la loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324. »

Procédé de la liquidation judiciaire

Le tribunal « Chérié » a à sa disposition un registre spécial de liquidation judiciaire. Aussitôt qu'un décès est porté à sa connaissance il a recours aux formalités suivantes :

Mention est faite de l'état civil du défunt suivie d'une décision de liquidation judiciaire. Ensuite, il nomme un agent choisi parmi les personnes accréditées près de lui. Puis il délivre une autorisation de liquidation à cet agent à défaut de laquelle on risque de se heurter à une opposition de la part des héritiers. Mais il y a des localités où il n'y a pas de tribunaux « Chérié ». Dans ce cas, les « Moudirs » (fonctionnaire administratif dans les cantons) de ces localités sont chargés d'office par la loi de la liquidation des successions sans aucune autorisation des tribunaux « Chérié ». Toutefois, ils sont tenus, tout comme les tribunaux « Chérié » d'avoir un registre spécial de liquidation.

L'agent autorisé à procéder à la liquidation de la succession, ou le « Moudir » à son défaut se présentera sur les lieux et fera un inventaire de tous les biens laissés par le défunt. Ensuite, il dressera un procès-verbal. Pour le cas où il y a des effets mobiliers à vendre, il déterminera

ces effets et mentionnera le nom du défunt, ainsi que celui de ses héritiers avec l'indication des lieux et des dates de la vente. S'il y a des héritiers mineurs il inscrira le nom du représentant légal. En cas d'absence d'un des héritiers, on inscrira à sa place le nom de « Moudir El-Itam » (directeur de l'établissement d'administration des biens des orphelins), qui est chargé aussi par la loi pour représenter l'héritier absent et défendre ses intérêts.

Une fois que l'inventaire a été fait et que le procès-verbal ci-dessus indiqué a été dressé et toutes les formalités accomplies, on procède à la vente des effets mobiliers. Cette vente doit se faire aux enchères. Des agents spéciaux seront nommés par le tribunal « Chérié » à cet effet. Une fois que l'adjudication devient définitive, on mentionnera sur le procès-verbal de la vente le nom de l'acquéreur, les objets mobiliers vendus et le prix obtenu. La vente doit être au comptant, et le prix réalisé sera versé entre les mains du « Moudir El-Itam », qui le déposera à la Caisse des orphelins.

Si les biens à vendre sont d'une grande valeur, la loi exige certaines formalités protectrices.

« Si la valeur des objets à vendre dépasse 20.000 piastres, on est tenu de publier par la voie de la presse et de l'affichage, les lieux et la date des enchères. Les frais de la publicité et de la vente seront prélevés sur la succession. » Article 5 de la loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324 ».

Quant aux immeubles, la loi interdit leur vente, excepté dans le cas où pour payer les créanciers de la succession le prix obtenu par la vente des meubles ne suffit pas à les désintéresser. On procède à la vente des

immeubles au fur et à mesure qu'il sera nécessaire de payer les créanciers.

La vente des immeubles doit être faite aux enchères publiques et précédée d'une publicité par voie d'affichage et de presse. Il y aura trois adjudications à des dates différentes et cela dans un délai de trois mois. Passé ce délai, et l'immeuble ayant atteint le plus haut prix, l'adjudication sera prononcée au profit du dernier enchérisseur. Le prix de la vente sera remis entre les mains du « Moudir El-Itam » (directeur de l'établissement d'administration des biens des orphelins), qui le versera à la Caisse des orphelins.

Une fois que la vente est terminée, on inscrira sur le registre de la liquidation de la succession les biens vendus avec le prix de la vente, ainsi que les biens non vendus, et l'argent liquide laissé par le défunt. Après toutes ces inscriptions, le registre sera signé par le « Cadi » qui constatera que la vente a été accomplie régulièrement, que le prix réalisé a été versé dans le délai légal à la Caisse des orphelins et que toutes les formalités prescrites par la loi ont été observées.

Les agents chargés de procéder à la liquidation, n'ont le droit d'acheter aucun bien de la succession, à moins qu'ils ne soient copropriétaires des biens vendus ou qu'ils ne possèdent un droit de « Chouffa » (sorte de privilège accordé aux voisins de l'immeuble).

Partage de l'actif successoral

C'est l'agent chargé de la liquidation de la succession

qui procédera aux différentes opérations de partage entre les héritiers : division de la succession, composition des lots et attribution de ces lots aux différents héritiers avec tirage au sort s'il y a lieu. Ensuite, il inscrira toutes ces opérations sur le registre de la liquidation des successions, en mentionnant la part attribuée aux mineurs et celle attribuée aux autres héritiers majeurs.

L'opération du partage doit être approuvée par le « Cadi ». Le greffier du tribunal « Chérié » délivre à chaque héritier un titre consacrant la part qui lui a été attribuée dans la succession. Sur la demande des héritiers, le « Moudir El-Itam » ordonne au trésorier de la « Caisse des orphelins » de mettre l'argent à la disposition des héritiers.

Le partage fini, et pour éviter toute constatation ultérieure de la part des héritiers, ceux-ci doivent déclarer devant le « Cadi » qu'ils ont reçu leur part dans la succession. Le « Cadi » constatera cette déclaration sur le registre qu'il signera avec les héritiers majeurs et le ou les représentants des mineurs.

Sort de la part attribuée au mineur

La loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324 » fait une distinction :

- 1° Si la part attribuée au mineur est inférieure à 1.500 piastres, s'il ne possède aucun bien productif et ne jouit d'aucune rente, sa part sera remise à son tuteur pour être effectuée aux dépenses de l'entretien et de l'éducation de l'enfant ;
- 2° Si cette part est supérieure à 1.500 piastres, on doit la déposer à la « Caisse des Orphelins ». S'il y a des immeubles productifs ou des rentes quelconques,

leur produit sera, lui aussi, obligatoirement déposé à cette caisse.

En cas de dépôt obligatoire, c'est à la caisse qu'il incombera d'en assurer la bonne conservation et la fructification du patrimoine de l'enfant, en plaçant les capitaux. L'établissement accomplit ces placements soit par des avances à des particuliers ou au Trésor Public ou à des banques. Il peut aussi acheter des immeubles au nom du mineur, s'il le juge opportun.

C'est le tuteur qui est chargé de la gestion des immeubles dont le produit doit être déposé par lui à la caisse des orphelins après le prélèvement de ce qui est nécessaire à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ainsi qu'à la conservation des biens. Il doit, en outre, faire une transcription foncière au nom de son pupille.

Dans sa gestion, le tuteur procèdera à tous les actes nécessaires à la conservation et à l'exploitation des biens. Il pourra dans un acte notarié donner les immeubles à bail, à condition que le bail soit approuvé par l'établissement d'administration des biens des orphelins. Le locataire d'un immeuble appartenant à un mineur est tenu de fournir des sûretés réelles ou personnelles garantissant le paiement des loyers. L'établissement d'administration des biens des orphelins peut charger un receveur public pour toucher les loyers des biens du mineur, ainsi que le produit de ses rentes et les intérêts de ses créances, qui les versera à la Caisse des orphelins.

Si le tuteur se montre négligent ou manque à ses devoirs de tutelle, le « Moudir El-Itam » peut requérir le « Cadi », afin que celui-ci procède à son remplacement.

Section B. :

LES ATTRIBUTIONS DE L'ETABLISSEMENT

D'ADMINISTRATION DES BIENS DES ORPHELINS

D'après les articles 24 et 25 de la loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324 », l'établissement d'administration des biens des orphelins est chargé de l'accomplissement des actes suivants :

- 1° Conserver et fructifier les capitaux des orphelins ;
- 2° Assurer l'administration et la bonne exploitation des immeubles de l'orphelin ;
- 3° Toucher les revenus des rentes ;
- 4° Fixer le montant des frais d'entretien et d'éducation du pupille avec le concours du « Cadi » ;
- 5° Vérifier périodiquement les comptes du tuteur ;
- 6° Quand il y a lieu à la liquidation judiciaire d'une succession, requérir le tribunal « Chérié », pour y procéder ;
- 7° La caisse de cet établissement est chargée de recevoir en dépôt les sommes appartenant aux orphelins ;
- 8° Vérifier les comptes des trésoriers des caisses des orphelins.

L'établissement est dirigé par un directeur nommé parmi les conseillers de la Préfecture, sous le nom de « Moudir El-Itam » (directeur de l'établissement d'administration des biens des orphelins). Les « Moudirs » en entrant dans leur fonction sont tenus de fournir une caution. L'acte de cautionnement sera transcrit au greffe du tribunal « Chérié ».

L'article 90 de la loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324 » oblige les « Moudirs » à rendre compte de leur gestion au Conseil de gérance chaque année au mois de février. Ils ne seront destitués que pour des causes graves, d'abus de confiance ou de manque à leur devoir professionnel.

Les « Moudirs » surveillent et contrôlent la gestion des tuteurs, et s'il y a lieu ils signalent au « Cadi » toute négligence ou tout acte causant un dommage au pupille. Ils contrôlent aussi la gestion des agents de placement des capitaux des mineurs, et s'assurent si ces capitaux étaient placés dans des conditions utiles et avec des garanties suffisantes. Ainsi, aucune avance au public ne peut être faite par les agents de placement sans l'approbation des « Moudirs ».

Les « Moudirs », leurs substituts, les agents de placement et tous les fonctionnaires de l'établissement d'administration des biens des orphelins, sont responsables solidairement de tout dommage causé au pupille soit par omission, soit par action.

Placement des capitaux des orphelins

Nous avons vu que l'établissement d'administration des biens des orphelins, a pour attribution principale, d'assurer la conservation et la bonne exploitation des capitaux des mineurs. Il y parviendra en accomplissant certaines opérations de crédit : faire des avances au Trésor, aux particuliers ou aux banques. Ces opérations sont faites au nom du mineur par des agents spéciaux attachés à l'établissement. Mais par mesure de simplification une réglementation ultérieure à la loi du 4 « Rebi El-Ewel

1324 » n'exigea plus de ces agents à ce qu'ils fassent les opérations de crédit au nom du mineur, mais au nom de l'établissement lui-même. Et alors, le mineur étant effacé, l'établissement n'aura plus qu'un seul compte à tenir pour tous les mineurs en ce qui concerne ces placements, et c'est sous sa seule responsabilité qu'elle y procédera.

A la fin de chaque année, l'établissement dresse un bilan général des bénéfices réalisés, il détermine les dividendes qu'il faut verser à chaque mineur proportionnellement au montant de son capital. L'établissement retient sur ces bénéfices réalisés 1 1/2 %. Les 3/4 de ce qu'il retient seront versés à la caisse de réserve de l'établissement et l'autre quart sera effectué au paiement des fonctionnaires et des frais généraux de l'établissement.

La part d'un mineur ne peut être inférieure au montant des intérêts qu'il aurait réalisés s'il avait prêté son argent au taux légal ; sinon l'établissement doit puiser dans les réserves qui sont à sa disposition pour combler le déficit.

L'article 43 de la loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324 » exige que les avances faites au public par l'établissement avec les capitaux des orphelins au public, soient garanties par des sûretés réelles ou personnelles. Sont acceptés en garantie :

- 1° Les lingots d'or et d'argent ;
- 2° Les bijoux et l'argenterie ;
- 3° Les titres du Trésor et tous les titres négociables à la Bourse Nationale ;
- 4° Les biens immobiliers ;
- 5° La caution, sous certaines réserves.

Les avances faites sur des sûretés réelles ne doivent par dépasser la moitié de la valeur estimée du bien donné en garantie.

Moyennant un cautionnement, l'établissement peut consentir des avances aux fonctionnaires publics. Cette avance ne doit pas dépasser le montant de trois mensualités de l'emprunteur. Voici les conditions du cautionnement : il faut trois cautions choisies parmi les fonctionnaires de l'Etat, il faut, en outre, que la somme avancée ne dépasse pas les trois quarts des mensualités réunies des trois cautions et de l'emprunteur leur collègue.

La durée des avances consenties par l'Etablissement ne doit pas être supérieure à un an, si les sûretés sont réelles, mobilières ou personnelles et trois ans s'il y a des garanties immobilières.

Si, à l'échéance, le débiteur n'est pas en mesure de payer, il doit solliciter de l'Etablissement le renouvellement du contrat de prêt. Ce renouvellement ne peut être accordé que si le débiteur règle tous les intérêts de l'avance déjà échue ; on doit faire une nouvelle estimation de la garantie fournie par lui ; toutes ces opérations nécessitent d'ailleurs l'approbation du « Moudir El-Itam ». Dans le cas où le débiteur ne paie pas à l'échéance le montant de l'avance avec les intérêts, ou ne demande pas le renouvellement, le bien donné en gage sera mis en vente et les cautions seront poursuivies par l'Etablissement.

Un mois avant l'expiration du contrat de prêt, l'Etablissement envoie au débiteur une sommation l'invitant au paiement ou au renouvellement. Si le débiteur un mois

après l'échéance n'a pas payé ou n'a pas demandé le renouvellement, le gage pourra être mis en vente aux enchères après trois publicités durant deux mois. On doit alors s'adresser au tribunal « Chérié » qui donne un jugement rendant le titre exécutoire. Ce jugement, après avoir déterminé le montant de la dette, valide la vente du gage ou autorise la poursuite contre les cautions s'il y en a. Il est rendu en dernier ressort, aucune voie de recours n'est autorisée, même le pourvoi en cassation. Lorsque le débiteur paie à l'échéance le montant de l'avance et des intérêts, l'Etablissement fera inscrire l'opération de paiement de l'avance sur le registre de crédit et sur le procès-verbal qui était dressé au moment de l'avance. Le procès-verbal sera signé par le « Cadi » qui approuvera le règlement définitif de l'avance et donnera l'autorisation nécessaire à la restitution du gage et à la radiation de l'hypothèque.

Section C. :

*LES DEPENSES D'ENTRETIEN ET D'EDUCATION
DES MINEURS*

D'après l'article 54 de la loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324 », les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant sont fixés par le tribunal « Chérié ». Le « Cadi » détermine le montant de la pension, en prenant en considération la fortune de l'enfant et sa condition sociale.

Le « Moudir El-Itam » est appelé, lui aussi, à donner son avis sur la fixation de ces frais. C'est le greffier du

tribunal « Chérié » qui est chargé de rédiger un titre permettant au tuteur de toucher l'allocation accordée.

Le tuteur ne peut faire aucune dépense au-delà du montant fixé par le tribunal. L'Etablissement d'administration des biens des orphelins peut payer directement certaines dépenses occasionnées par l'entretien personnel de l'enfant ou par l'entretien de ses biens. Ainsi, il peut payer les frais d'études, les frais de maladie de l'enfant, les primes d'assurance des immeubles, les frais de réparation ou de conservation des immeubles.

Quand le tuteur trouve que la somme fixée par le tribunal ne suffit pas à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ou quand il se trouve obligé de faire quelques dépenses imprévues comme les frais de cérémonie de la circoncision ou autres cérémonies très courantes chez les musulmans, il doit demander l'autorisation au Conseil de gérance. Celui-ci, d'accord avec le « Cadi », refuse ou consent, et dans ce cas ils fixeront le montant de la dépense.

Pour les réparations imprévues des immeubles du mineur, le tuteur est obligé de demander l'autorisation du « Moudir El-Itam » ou du « Cadi ». Un expert sera nommé par ceux-ci pour déterminer le montant de la somme nécessaire. Une fois les réparations décidées par le « Cadi » ou le « Moudir », un ordre de paiement sera délivré au tuteur, lui permettant de retirer la somme à la Caisse des orphelins. Cette somme est fixée pour toujours et si le tuteur paie de ses propres deniers, c'est à ses risques et frais.

Le tuteur doit vérifier le compte que détient l'Etablis-

sement pour le placement des capitaux et cela une fois tous les trois ans en présence d'un délégué envoyé par le « Cadi ». S'il néglige, le « Cadi » le révoque et le remplace par un autre tuteur, plus diligent.

Section D. :

*LA CESSATION DE LA GESTION DE L'ETABLISSEMENT
D'ADMINISTRATION DES BIENS DES ORPHELINS*

D'après l'article 59 de la loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324 », la gestion de l'Etablissement d'administration des biens des orphelins cesse par la majorité de l'orphelin qui est acquise à vingt ans. L'enfant arrivé à cet âge sera affranchie complètement de la tutelle et de la gestion de l'Etablissement. Tous ses biens qui étaient confiés à l'Etablissement lui seront rendus. Dans les cas, où les capitaux ou une partie des capitaux du mineur se trouvent engagés au moment de la cessation de la tutelle et de la cessation de la mission de l'Etablissement, l'enfant sera subrogé dans les droits qu'avait l'Etablissement. Toutefois, l'enfant a le droit de refuser une subrogation de ce genre, et c'est à l'Etablissement qu'il incombe de percevoir à l'échéance les capitaux engagés et de les remettre à l'enfant devenu majeur. Ajoutons que, si le mineur avant sa majorité se trouve amené à changer de domicile, il aura la faculté de demander le transfert de son compte à la Caisse de l'Etablissement de son nouveau domicile et cela par l'intermédiaire de son tuteur.

Section E. :

LE CONSEIL DE GERANCE

DES BIENS DES ORPHELINS

Ses attributions

D'après l'article 88 de la loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324 » il sera institué un Conseil dénommé Conseil de gérance des biens des orphelins et cela dans les « Vilajat », les « Liwa » et « Cazas » qui ne sont que des divisions administratives, comprenant soit une ville seulement, soit un département, soit toute une province, selon l'importance et les besoins de la localité. Ces Conseils seront composés de deux membres permanents, choisis parmi les conseillers municipaux, auxquels il faut ajouter sept autres membres, nommés de droit, savoir : « Le Defterdar » (chef de la comptabilité dans le « Vilayat »), le « Mouhassebji » (chef de comptabilité dans le « Liwa », du « Mondir Mal » (chef de comptabilité dans le « Cazas »), du « Mufti » (grand jurisconsulte officiel musulman), du « Moudir El-Itam » et du « Cadi ». C'est le « Cadi » qui préside ces séances. S'il est empêché, il désigne lui-même son remplaçant. Le Conseil de gérance exerce ses fonctions gratuitement. Il doit se réunir une fois par semaine et même davantage s'il le juge nécessaire. Le Conseil de gérance a pour attribution de veiller à la protection et à la conservation des biens meubles et immeubles des orphelins et d'en assurer la bonne et fructueuse gestion. Il contrôle les opérations des

agents chargés de la liquidation de la succession, constate si les formalités de la vente des biens et du partage de la succession ont été régulièrement accomplies et les intérêts de l'héritier mineur sauvegardés, et si les capitaux ont été déposés dans les caisses des orphelins. Le Conseil vérifie la gestion et la comptabilité de ces caisses et les différentes opérations de placement des capitaux que doit accomplir l'Etablissement d'administration des biens des orphelins. Il vérifie particulièrement le montant des dividendes que doit verser l'Etablissement à chaque mineur. L'Etablissement doit lui présenter annuellement un compte rendu des différentes opérations qu'il a faites, de manière à ce que le Conseil ait à jour le montant de l'actif de chaque mineur.

Les « Moudirs El-Itam » sont eux aussi obligés à rendre compte de leur gestion à ce Conseil de gérance et cela chaque année au mois de février.

Quant aux tuteurs, ils n'échappent pas non plus à sa surveillance. Ils sont tenus chacun en ce qui concerne de lui présenter un compte périodique et à la fin de la tutelle, ils lui doivent des explications générales et définitives.

Nous venons de voir les différentes réglementations de la loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324 » qui a établi les différents services publics, chargés d'assurer la conservation et l'exploitation des biens du mineur et de défendre ses intérêts. Ainsi, une sorte de tutelle administrative fonctionne, concurremment avec la tutelle des parents ou les tuteurs choisis par le père de famille. Une telle organisation paraît suffisante pour empêcher la dilapidation du patrimoine du mineur par son tuteur. Celui-ci, depuis la

création de la caisse des orphelins, n'a plus le droit de garder les capitaux de son pupille, étant obligé de tout verser à cette caisse, même les revenus.

Toutefois, si la loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324 » est bien inspirée et paraît suffisante à première vue, les résultats escomptés par le législateur, sont loin d'être totalement obtenus, car les anciennes coutumes qui reconnaissent un droit exorbitant au tuteur et aux parents du mineur sont tellement enracinées dans la communauté musulmane que la loi se trouve le plus souvent sans application ou du moins partiellement déformée. Tout ceci vient de ce que la famille reste toujours la base solide de la société, de telle sorte que les fonctionnaires publics qui sont chargés de l'application de cette loi sont influencés par le milieu social.

Dans les pays musulmans, la famille, comme nous l'avons déjà vu, n'a pas perdu complètement son rôle social et politique. Elle s'arroge des droits absolus sur tous ses membres, et s'oppose à toute intervention légale dans les affaires touchant la puissance paternelle et la tutelle.

CONCLUSION

A l'époque préislamique, il n'y avait aucune idée d'organisation de la protection des mineurs et des incapables. La puissance paternelle et la tutelle s'exerçaient par la famille seule en dehors de tout contrôle ou surveillance de la part de l'autorité publique. La famille menait une vie complètement indépendante, au point de vue interne. Le chef de famille disposait librement de la personne et des biens de ses enfants, sans être tenu à rendre compte de sa gestion à quiconque. Les coutumes de l'époque lui reconnaissaient des droits très étendus sur les différents membres de la famille. Cela découle logiquement de la conception collectiviste qui régna chez toutes les sociétés primitives. La difficulté de subsistance et d'insécurité dans la vie, obligeaient les individus à vivre réunis, sous l'autorité d'un chef. Ces groupements familiaux formaient l'unité politique et servaient de base à toute société.

Vint l'Islam qui mit fin à cette anarchie qui régnait dans toute la presqu'île Arabique, en instituant un gouvernement central fort avec l'idée d'un panarabisme très étendu, englobant toute la communauté musulmane. C'est l'autorité centrale, le gouvernement désormais qui détendra le rôle politique reconnu à la famille. Il abrogea toute distinction entre les classes sociales. Ainsi, tous les indi-

vidus sont traités sur le même pied d'égalité, sans considération de race ou d'origine. C'est la conception individualiste qui a ainsi obtenu les faveurs de l'Islam.

L'Etat ne reconnaît plus que l'individu et ne traite qu'avec lui. La famille ne doit s'occuper que de son intérieur d'ailleurs restreint, laissant le soin à l'autorité publique de défendre les intérêts de l'individu et de le protéger.

Le Fondateur de l'Islam n'a pas oublié d'assurer la protection des faibles et des incapables auxquels il a porté une grande attention. Il mit fin aux abus du pouvoir du chef de famille sur ses subordonnés en déterminant leurs droits et le pouvoir des tuteurs sur leurs pupilles. Il a reconnu à l'autorité publique un droit de contrôle et de surveillance sur les tuteurs et les parents et au besoin il admit leur déchéance.

Ainsi avec l'Islam, les deux institutions de la puissance paternelle et de la tutelle sont minutieusement réglementées.

Malheureusement, quoique les pouvoirs du père de famille furent l'objet d'une limitation de la part du législateur musulman, en fait on est loin d'observer son idée et les droits du père de famille restèrent très étendus.

Avec l'Islam, la famille n'a pas perdu complètement son rôle social et conserva même un certain rôle politique, et les différents membres de la famille continuèrent à vivre groupés sous l'autorité d'un chef ayant des pouvoirs assez étendus. L'état de fait est bien loin d'être en accord avec l'état de droit dans les pays musulmans.

Le Fondateur de l'Islam a légiféré et posé les prin-

cipes qui devront déterminer les rapports de l'individu vis-à-vis de ses semblables et vis-à-vis de l'autorité publique à laquelle il appartient. Ces principes se trouvent dans le « Coran », livre saint et Code en même temps. Etant généraux et élastiques, ils ne mettent obstacle à aucune évolution sociale. L'autorité sociale peut toujours légiférer selon le besoin de chaque époque, en se confirmant aux principes du « Coran ».

Mais l'Islam n'a pas pu imposer toutes ses institutions et supprimer toutes les coutumes anciennes. Cela s'explique parce que les différents gouvernements arabes, quoique forts dans leurs relations extérieures, n'ont pas pu imposer leur volonté à l'intérieur de leur pays.

Sous la domination turque, le législateur ottoman s'est trouvé obligé d'instituer une sorte de tutelle administrative qui doit être exercée avec le concours des parents du mineur ou des tuteurs choisis par ceux-ci. Ce fut l'œuvre de la grande loi du 4 « Rebi El-Ewel 1324 » qui institua l'établissement d'administration des biens des orphelins, la caisse autonome pour la conservation et la fructification des capitaux des mineurs, le Conseil de gérance composé des notabilités et des grands fonctionnaires administratifs et judiciaires pour surveiller et contrôler la gestion des tuteurs et assurer la protection de l'enfant. Cette organisation est très complète en apparence, mais les résultats escomptés par le législateur furent loin d'être atteints. La loi ne fut pas observée ou fut mal appliquée. Les fonctionnaires sont souvent influencés par le milieu social dans lequel ils vivent. Les coutumes sont tellement vivaces, qu'elles s'opposent à toute

amélioration ou à toute réglementation juridique. Les dispositions du droit musulman relatif à la protection des mineurs sont nombreuses et suffisantes, mais elles sont dispersées dans les ouvrages doctrinaux et les différents textes de loi. Ce qui manque c'est, d'une part, une bonne codification et, d'autre part, une stricte application des lois qui s'en suivront.

Depuis longtemps, les pays musulmans ont éprouvé le besoin de codifier leur droit. C'est ce qu'a fait le législateur ottoman en 1889. On a réuni une grande commission, composée de plus grands juristes musulmans de l'époque qui nous donna le Code civil actuel ou « Madjallat ». Seulement ce code ne contient rien se rapportant au statut personnel. De telle sorte que le juge syrien, en ce qui concerne la tutelle ou la puissance paternelle doit s'inspirer des principes généraux de l'Islam contenus dans le « Coran » et le « Sounnah » des commentaires des grands jurisconsultes musulmans et de la doctrine juridique de l'« Imam Abou Hanifa », fondateur du rite hanéfite dont l'application est exclusive en Syrie, ainsi que la loi ottomane du 4 « Rebi El-Ewel 1324 » réglementant l'administration des biens des orphelins.

FIN

Vu : *Le Doyen*,
E. ALLIX.

Vu : *Le Président de la Thèse*,
ESMEIN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

- LE CORAN. — Traduction française. Montel, Paris 1929.
- ABOU CHOUDJA. — « Fath El-Karibe », ou commentaire de la jurisprudence musulmane, trad. L. W. C. Van Den Berg.
- ABOU CHOUDJA. — « Précis jurisprudence musulmane selon le rite Chaféïte ». Publication et traduction du texte arabe, par S. Keijzer, (Leyden 1859).
- BESSON (Emmanuel). — « La législation civile de l'Algérie », Paris 1894.
- CLAVEL (Eug.). — « Droit musulman du statut personnel et des successions d'après les différents rites et particulièrement le rite Hanéfite », Paris 1895.
- COLIN et CAPITANT. — « Cours élémentaire de droit civil français ».
- DEMETRIUS NICOLAIDES. — « Recueil de législation ottomane », Constantinople 1873.
- EL BOKHARI. — « Les traditions islamiques, traduit de l'arabe, par Houdas 1908.
- EBN ACEM. — « Traité de droit musulman », trad. Houdas et Martel, Alger 1882.
- EL CHARANI. — « Balance de la loi musulmane », trad. franç., Dr. Perron, Alger 1898.

- EL KOUDARI. — « Histoire de la législation musulmane », Le Caire 1926.
- FAHR-EL-DINE EL RAZI. — « La grande interprétation du Coran « El Tafsil El Kabir », 8 vol. annoté par El Massoudi, Le Caire.
- GAUTIER (E. F.). — « Mœurs et coutumes des musulmans », Paris 1931.
- HUART (Cl.). — « Histoire des Arabes », Paris 1912.
- JAUSSEN (A.). — « Coutumes des Arabes », Paris 1908.
- KALIL IBN ISHAC. — « Code musulman », d'après le rite Malékite, Texte arabe, nouvelle trad., par Seignette, Paris 1878.
- KALIL IBN ISHAC. — « Précis de jurisprudence musulmane, selon le rite Malékite ». Trad. de l'Arabe, par Perron (M.), 1898.
- LEHR (Ernest). — « De la tutelle des mineurs, d'après les principales législations de l'Europe ». Revue de droit Intern. et de législation comparée, 1902 tome IV, page 315.
- MORAND (Marcel). — « Avant projet de Code présenté à la commission de codification du droit musulman algérien », Paris 1916.
- MORAND (Marcel). — « Etudes de droit musulman algérien », Alger 1910.
- MOREL (André). — « Précis de droit civil musulman ».
- MOHAMED EL ESCANDINAVI. — « Interprétation des lumières du Coran », 2 volumes.
- MAUNIER (René). — « Bibliographie économique, juridique et sociale de l'Egypte moderne, 1798-1916 », Le Caire 1913.

SAUTEYRA et CHERBONNEAU. — « Droit musulman. Code du statut personnel et des successions », Paris 1873.

YOUNG (George). — « Corps de droit ottoman », Oxford 1905.

WILKEN (G.-A.). — « Das Matriarkhat », Leipzig 1884.

« Le Moultaqa El-Abheur », Commentaire sur le rite Hanéfite, trad. par H. Sauvaire, Marseille 1882.

« Le statut juridique, d'après le rite Hanéfite », publié en Egypte « habituellement consulté par les tribunaux syriens », par Mohammed Kadry Pacha.

« El Medjella », Code civil Syrien commenté par Saïd El Mahasemi Damas 1927.

« Texte de la loi ottomane du 4 « Rêbi El-Ewel 1324 » sur l'administration des biens des orphelins.

TABLE DES MATIERES

Avant-propos	5
--------------------	---

PREMIERE PARTIE :

La protection des mineurs avant l'Islam

CHAPITRE UNIQUE

La période du droit coutumier

<i>Section A</i> : La vieille société arabe organisation de la société arabe avant l'Islam	7
---	---

<i>Section B</i> : La vieille famille arabe	10
---	----

<i>Section C</i> : La puissance paternelle et la tutelle	11
--	----

DEUXIEME PARTIE :

La protection des mineurs sous l'Islam

CHAPITRE PREMIER

Le Coran	15
----------------	----

CHAPITRE DEUXIÈME

Les autres sources du droit musulman (Le Sounnah. — La Doctrine. — El-Kéas)	21
--	----

TROISIEME PARTIE :

... protection des mineurs en droit musulman
actuel

Le Code civil et la jurisprudence

CHAPITRE PREMIER

<i>Section A</i> : L'âge de la minorité	28
<i>Section B</i> : La puissance paternelle	38
L'exercice de la puissance paternelle	39
La dévolution de la puissance paternelle	40
Les attributions de la puissance paternelle	41
Droit de garde. — Droit de correction	42
<i>Section C</i> : « Droit de Djebre ». — Contrainte matri- moniale	44
<i>Section D</i> : Les droits reconnus à la mère par la loi musulmane sur la personne de ses enfants mineurs	
« La Hadanah », ou droit de maternité	48
L'allaitement	53
<i>Section E</i> : Les droits et les devoirs des enfants à l'égard de leurs parents	56

CHAPITRE DEUXIÈME

La tutelle	65
<i>Section A</i> : Dévolution de la tutelle	69
<i>Section B</i> : Condition d'exercice de la tutelle	73
<i>Section C</i> : Caractère de la tutelle	74
<i>Section D</i> : Les attributions de la tutelle	77
<i>Section E</i> : L'ouverture de la tutelle et les obligations du tuteur	79
<i>Section F</i> : La gestion tutélaire et les actes du tuteur	
1. Les actes que le tuteur peut accomplir seul ..	82
2. Les actes que le tuteur ne peut accomplir qu'avec l'autorisation du conseil de gérance	85
3. Actes interdits aux tuteurs	87
<i>Section G</i> : Les pouvoirs du père sur les biens de ses enfants mineurs	89
<i>Section H</i> : Pluralité des tuteurs	92
<i>Section I</i> : Sanction	95
Les actes du mineur et leur effet juridique	96
<i>Section J</i> : Contrôle de la gestion du tuteur	99
<i>Section K</i> : Fin de la tutelle et reddition des comptes	102

CHAPITRE TROISIÈME

La loi ottomane de 4 « Rebi El-Ewel 1324 », sur l'administration des biens des orphelins

<i>Section A</i> : La liquidation judiciaire de la succession dévolue au mineur	109
1. Procédé de la liquidation judiciaire	110
2. Partage de l'actif successoral	112
3. Sort de la part attribuée au mineur	113
<i>Section B</i> : Les attributions de l'établissement d'admini- stration des biens des orphelins	115
<i>Section C</i> : Les dépenses d'entretien et d'éducation des mineurs	119
<i>Section D</i> : La cessation de la gestion de l'établisse- ment des biens des orphelins	121
<i>Section E</i> : Le Conseil de gérance des biens des orphe- lins. — Ses attributions	122
Conclusion	125
Bibliographie	129

